

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO.
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS.
CURSO DE DOUTORADO.**

***Título: Principiologia juscibernética. Processo telemático.
Uma nova teoria geral do processo e do direito processual civil.***

Alexandre Freire Pimentel.

RECIFE, 2003.

Tese de Doutorado apresentada pelo aluno doutorando Alexandre Freire Pimentel, sob a orientação do Professor Doutor **Nelson Saldanha**, objetivando a obtenção do título de Doutor em Direito.

RECIFE, 2003.

Ata da Sessão de Arguição da Tese do **Doutorando Alexandre Freire Pimentel** do Curso de Doutorado em Direito da Faculdade de Direito do Recife do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco

Aos sete (07) dias do mês de julho do ano de dois mil e três às nove (9:00) horas na sala de aulas dos Cursos de Pós-Graduação desta Faculdade, reuniu-se a Comissão designada pelo Colegiado dos Cursos de Pós-Graduação e aprovada pela Câmara de Pesquisa e Pós-Graduação para exame da tese do **doutorando Alexandre Freire Pimentel**, sob o título "Principiologia juscibernética. Processo telemático. Uma nova teoria geral do processo e do direito processual civil". Presentes os Professores Doutores: Francisco Ivo Dantas Cavalcanti, Albano Marcos Bastos Pêpe, Lúcio Grassi de Gouveia, Gustavo Ferreira Santos e Francisco Queiroz Bezerra Cavalcanti integrantes da Banca Examinadora, estudantes da Pós-Graduação e demais presentes. Dando início aos trabalhos, o Professor Doutor: Francisco Ivo Dantas Cavalcanti, saudou os presentes em seguida passou a palavra ao Professor Doutor Nelson Nogueira Saldanha, orientador do candidato para a leitura do parecer. Feito isso o Presidente da Banca passou a palavra ao candidato estabelecendo o prazo máximo de vinte (20) minutos para que fizesse a sua exposição. Logo após foi dada a palavra ao Professor Doutor Albano Marcos Bastos Pêpe, primeiro examinador, para proceder a sua arguição no igual prazo de tempo, o candidato respondeu as objeções. Em seguida o senhor presidente passou a palavra ao segundo examinador, o Professor Doutor Lúcio Grassi de Gouveia, lembrando do mesmo prazo de tempo para sua arguição. Feito pelo mesmo prazo de tempo foi respondido pelo candidato. Prosseguindo foi dada a palavra ao terceiro examinador Professor Doutor Gustavo Ferreira Santos, pelo tempo determinado foi respondido pelo candidato, passando a palavra ao quarto examinador Professor Doutor Francisco Queiroz Bezerra Cavalcanti, lembrando do prazo de tempo para que fizesse a sua arguição. A seguir o Professor Doutor : Francisco Ivo Dantas Cavalcanti, Presidente da Banca passou a fazer as suas considerações durante o pré-estabelecido vinte (20) minutos, arguiu o candidato, que por sua vez apresentou as suas objeções. Encerrando os trabalhos, a Comissão Examinadora reuniu-se em secreto para deliberar as menções. Reabrindo os trabalhos, o Professor Doutor : Francisco Ivo Dantas Cavalcanti Presidente da Banca comunicou aos presentes, que, em face ao resultado e de acordo com o artigo cinquenta e quatro (54) do Regimento Interno destes Cursos de Pós-Graduação desta Universidade foi o candidato Alexandre Freire Pimentel APROVADO com as seguintes menções: Professor Doutor Albano Marcos Bastos Pêpe: APROVADO ; Professor Doutor Lúcio Grassi de Gouveia: APROVADO, Professor Doutor Gustavo Ferreira Santos: APROVADO, Professor Doutor Francisco Queiroz Bezerra Cavalcanti: APROVADO e Professor Doutor : Francisco Ivo Dantas Cavalcanti: APROVADO. Menção Geral: APROVADO. Nada mais havendo a tratar lavrei a presente ata, assinada por mim Josina de Sá Leitão, Secretária dos Cursos de Pós-Graduação em Direito pela Banca Examinadora e pelo candidato. Recife, 07 de julho de 2003.

Presidente:

1º Examinador:

2º Examinador:

3º Examinador:

4º Examinador:

Candidato

Dedicatória

Dedico este trabalho a:

Marcos Pimentel, exemplo de amor e de luta, amigo nas horas fáceis e nas difíceis;

e a Adelson Juruá Leal Salgueiro (*in memoriam*) amigo de todos os tempos e de todas as horas.

Agradecimentos

A Deus e aos que contribuíram para a elaboração e revisão deste trabalho.
Em especial, ao amigo e Professor Orientador Nelson Saldanha.

RESUMO

Autor: PIMENTEL, Alexandre Freire. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE, dezembro de 1997. Professor da Universidade Católica de Pernambuco e da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco. Tese: *‘Principiologia juscibernética. Processo telemático. Uma nova teoria geral do processo e do direito processual civil’*. Esta tese de doutorado, apresentada como requisito para a obtenção do título de doutor, pressupõe o reconhecimento de uma principiologia específica para o direito cibernético, para, em seguida, propor uma nova teoria geral juscibernética do processo e, em particular, do direito processual civil. Por opção metodológica foi seccionada em três partes: na primeira apresentamos a base teórica que fundamenta a lógica, o direito e a juscibernética e que permitem efetivar a informática, a telemática e a cibernética ao direito, com o esquadramento da ordem relacional-processual; na segunda procedemos com uma demonstração panorâmica – não exauriente, portanto - do processo civil de conhecimento, realçando como os atos processuais nele se praticam; na terceira queda-se o núcleo do trabalho, o qual consiste numa delimitação conceitual dos princípios e, seguidamente, numa proposição principiológica do direito cibernético difundida prioritariamente sobre a relação jurídica processual. A partir deste estabelecimento, objetivamos comprovar a necessidade de uma reengenharia da concepção do fenômeno processual. Na verdade, pugnamos por uma *nova teoria geral do processo e do direito processual civil*, cuja base consiste no advento do processo telemático. Servimo-nos, para tanto, do método comparativo dos ordenamentos brasileiro e italiano, analisando não apenas as legislações pertinentes ao processo telemático, mas, também, as doutrinas respectivas.

“ABSTRACT”

Author: PIMENTEL, Alexandre Freire. M.S. degree in Law by the Faculdade de Direito do Recife (UFPE) in December 1997. Professor at the Universidade Católica de Pernambuco and the Escola Superior da Magistratura de Pernambuco. Thesis: *‘Principiology jusclybernetic. Telematic Process. A new general teory of process and the civil law procedure’*. This doctoral thesis, submitted in partial satisfaction of the requirements for the doctor degree, presupposes the acknowledgment of a specific “principiology” of the cybernetical law in order to propose a new, general, “jusclybernetical” theory of the process and, in particular, of the procedural civil law. For methodological reasons, this thesis was divided in three parts: in the first part we present the theoretical basis of the fundamentals of the logic, the law and the “jusclybernetics”, allowing us to apply the information sciences and cybernetics to the law according to a relational/procedural order. In the second part, we proceed with a general, not exhaustive, overview of the civil process of the knowledge, dealing with how processual acts are applied to it. In the third part we present the core of our work, which consists of a conceptual delimitation of the main principles followed by a “principiologic” proposition of the cybernetical law prioritized to the processual juridical relation. Based on this development, we aim to show the necessity of reengineering the processual phenomenon concept. In fact, we propose a *new general theory for both the process and the civil processual law* based on the forthcoming telematic process. For this purpose, we make use of the Brazilian and Italian ordering comparative methods, analyzing not only the pertinent legislations to the cybernetical law, but also their respective doctrines.

SUMÁRIO

VOLUME 01

RESUMO.....	p.xxxiii
“ABSTRACT”	p.xxxiv
INTRODUÇÃO.....	p.35

SEÇÃO I

CAPÍTULO 01

LÓGICA E LINGUAGEM

O PRESSUPOSTO DA TEORIZAÇÃO DO PROCESSO DIGITAL.

1. Partindo do pensamento de Lourival Vilanova: antes, porém, uma justa e breve homenagem ao professor que propôs a técnica da “ <i>generalização</i> ” para uma teoria geral do direito; e da “ <i>formalização</i> ” para uma lógica jurídica.....	p.39
2. A lógica e o logos. Valoração do conhecimento e isolamento temático: os níveis abstracionais vilanovianos e os modais kantianos <i>a priori</i> e <i>a posteriori</i>	p.42
3. As formas lógicas e o uso da linguagem: <i>símbolos-de-variáveis</i> e <i>símbolos-de-constant</i> es.....	p.47
4. A relação lógica e a relação fática: relação implicacional e o processo de formalização e de generalização.....	p.49
5. Lógica material, lógica jurídica e metodologia jurídica.....	p.53
6. Lógica e logicismos jurídicos: Kelsen x Vilanova, Perelman, Perelman e Nelson Saldanha.....	p.
6.1. Exemplos de contradições normativas no CPC e a análise do óbice kelseniano à existência de uma lógica jurídica.....	p.55

7. Silogismo, lógica formal, lógica simbólica, linguagem humana e a lógica (paraconsistente) que o direito cibernético requer.....	p.58
8. Lógica simbólica enquanto gênero da <i>lógica formal</i> : Aristóteles e a pura forma.....	p.60
9. Lógica formal e lógica dialética: os princípios da contradição, da identidade e do terceiro excluído. As posições de Knapp, Hegel, Marx e Lefebvre, ...	p.71
10.3. Incidentes processuais e lógica processual dialético-acessória.....	p.72
11. Linguagem jurídica e lógica jurídica: alética e deôntica. A demarcação do universo jurídico: uma exemplificação de prótase e apódose processuais.....	p.73
12. Da compatibilidade entre as lógicas deôntica e alética: um pressuposto do processo virtual.....	p.79
13. Lógica com mais de dois valores: a plenitude juscibernética do processo virtual.....	p.83
14. Lógica, categoremata, sincategoremata e linguagem: natural e lógica.....	p.85
15. Linguagem e simbologia sob o ponto de vista cibernético e computacional.....	p.88
16. Experiência jurídica processual, modelismos e <i>feedback</i>	p.91
17. Linguagem computacional: de baixo nível, de montagem e de alto nível. A superação da restrição simbólico-binária.....	p.92

CAPÍTULO 02

TECNOLOGIA E

DIREITO: INFORMÁTICO, TELEMÁTICO E CIBERNÉTICO.

1. A informática: em sentido amplo, restrito e próprio.....	p.96
2. A informática jurídica: de gestão (ofimática); de registros (documental); de decisão (metadocumental); de ajuda à decisão.....	p.98

3. A inteligência artificial e os sistemas <i>expertos</i>	p.104
4. O direito teleinformático, seu caráter instrumental, científico e publicista.....	p.107
5. A juridicidade do direito <i>teleinformático</i> e o seu objeto: direito à informação e direito sobre a informação.....	p.110
6. Internacionalização, uniformização e o problema da restrição temática do direito teleinformático.....	p.113
7. A cibernética: o conceito wieneriano e suas demais vertentes.....	p.116
8. O pioneirismo da aplicação da cibernética ao direito: a proposta de Norbert Wiener e a Jurimetria de Lee Loevinger.....	p.119
9. Jurimetria, matematização do direito e o controle da atividade judicial.....	p.124
10. O poder vinculante reflexo ou indireto (provocado ou necessário) e a possibilidade jurimétrica de previsibilidade de decisões futuras no Brasil.....	p.128
11. Jurimetria: processamento eletrônico de dados e lógica.....	p.132
12. O direito artificial: esclarecendo as posições de Goffredo Telles Júnior e Vittorio Frosini.....	p.134
13. Cernelutti: a morte do direito e a revitalização do direito natural. O direito artificial: a <i>physis</i> e a <i>techne</i>	p.135
14. A <i>Giuritecnica</i> (a ciência da técnica): pela diferenciação entre técnica e tecnologia e pela compenetração entre o jurídico e o tecnológico.....	p.139
15. A <i>Giuritecnica</i> e a ficta personalidade do computador.....	p.140
16. O direito cibernético.....	p.142
16.1. O direito como subsistema do sistema social.....	p.146
16.2. O direito como sistema autônomo.....	p.147
16.2.1. O direito como sistema autônomo, porém vinculado ao sistema social.....	p.147
16.2.2. O direito como sistema autônomo e a teoria da argumentação.....	p.149
16.2.3. O direito como sistema autônomo e a analogia com servomecanismos.....	p.150
16.2.4. O significado cibernético do direito como sistema autônomo.....	p.151
16.2.5. Os dois últimos setores da juscibernética.....	p.152

CAPÍTULO 03

DIREITO E RELAÇÃO PROCESSUAL

1. Definição de direito: partindo de Herbert Hart e Cláudio Souto e aportando em Lourival Vilanova. Pontes de Miranda e a distinção entre direito formal, regra sobre forma, direito material e regra sobre conteúdo.....	p.154
2. Direito relacional e interacional.....	p.161
3. A conduta: relações de fato e relações jurídicas.....	p.162
4. Relação jurídica em sentido amplo, retroalimentação do sistema jurídico e a qualificação do sujeito de direito em face do problema da causa.....	p.163
5. Relação jurídica em sentido estrito.....	p.165
6. Universalidade da relação:	
norma, fato e causalidade - natural e jurídica.....	p.167
7. Normas de sobredireito e o suporte fático mediato.....	p.168
8. Do abstrato ao concreto. Relação jurídica em sentido técnico-dogmático e o ato condição. A assubjetividade nas relações jurídicas.....	p.170
9. A estrutura da norma jurídica: norma primária (de direito material) e secundária (de direito processual), o descumprimento do preceito e a causa de pedir.....	p.171
10. A relação processual como relação efectual.	
A ação e os pressupostos do processo.....	p.174
11. O direito natural como fundamento de validade do direito positivo. O ser sujeito-de-direito material como pressuposto do ser sujeito-de-direito processual. O problema da capacidade de ser parte.....	p.176
12. A jurisdição como sujeito passivo frente ao autor e ao réu.	
Relação entre relação jurídica processual e material.....	p.179
13. Direito subjetivo e relação jurídica.....	p.181
14. Processo, relação jurídica processual, direito subjetivo e interesse processual.....	p.184
15. Do nexo de causalidade entre o direito material e o direito processual: o exame dos pressupostos processuais e das condições da ação.....	p.185

16. Do subjetivismo do direito de ação: a legitimação para a causa; legitimação para contestar; substituição e representação processual; e as espécies de provimento jurisdicional.....	p.188
17. Interesse primário e secundário: situando o interesse de agir e a ação processual e material frente à relação processual (típica e atípica).....	p.191
18. Da relação processual típica: a citação e os seus efeitos.....	p.196
18.1. Da prevenção: competência de juízo e de foro.....	p.197
18.2. Litispendência.....	p.199
18.3. Litigiosidade da coisa:	
alienação da coisa litigiosa e a legitimidade das partes.....	p.200
18.4. Da mora.....	p.201
18.5. Da interrupção da prescrição regulada pelo novo código civil:	
a revogação parcial do artigo 219 do CPC.....	p.201
18.5.1. A interrupção da prescrição tributária frente ao novo código civil.....	p.202
18.5.2. Prescrição e o problema da circundução e da perempção no novo CC.	
Remanesce a circunduta no processo dos juizados cíveis?.....	p.204
19. Delimitando o objeto de uma teoria geral do processo.....	p.207

CAPÍTULO 04

RELAÇÃO PROCESSUAL ADMINISTRATIVA CONFRONTADA COM A RELAÇÃO PROCESSUAL PENAL.

1. Relato histórico do processo administrativo:	
.....	p.214
3.2- A finalidade do inquérito civil.....	p.216
3.3- O inquérito judicial trabalhista.....	p.219
4. Do direito processual administrativo.....	p.221
5. Princípios do processo administrativo.....	p.223

6. Processo, procedimento administrativo e o ato administrativo	
complexo.....	p.226
7. Classificação do processo administrativo.....	p.232
7.1. O processo administrativo disciplinar.....	p.233
7.1.2. Processo administrativo disciplinar e o problema da prescrição:	
aplicação dos prazos do código penal e o aumento do lapso temporal.....	p.235
7.2. Conceito e gradação de falta disciplinar.....	p.236
7.2.1. Meios sumários de apuração de faltas administrativas: sindicância.....	p.238
7.2.2. Meios sumários de apuração de faltas administrativas:	
a verdade sabida.....	p.244
7.2.3. Meios sumários de apuração de faltas administrativas:	
o termo de declarações do infrator.....	p.246
8. As fases do processo administrativo. Uma análise comparativa dos	
procedimentos do estatuto dos servidores com o CPC.....	p.247
9. Conceituando o processo administrativo.	
O processo disciplinar e sua natureza: penal e civil.....	p.252
10. Os sujeitos processuais: semelhanças e dessemelhanças entre o	
processo administrativo e o processo penal.....	p.257
11. A relação processual administrativa como relação processual atípica.....	p.260

CAPÍTULO 05

RELAÇÃO PROCESSUAL ELEITORAL.

1. Justificação taxonômica.....	p.264
2. Do direito eleitoral e sua principiologia.....	p.265
3. Dos princípios informativos do direito processual eleitoral.....	p.266
4. Da relação processual eleitoral.....	p.267
5. Uma crítica à taxonomização de José Amado Nascimento.	
João Mendes Júnior e a distinção entre ação-direito, ação remédio-de-direito,	

ação litígio e ação-processo.....	p.271
6. Sujeitos processuais e as espécies de relações processuais eleitorais.....	p.273

SEÇÃO II

CAPÍTULO 06 DA JURISDIÇÃO

1. Conceito e o problema do monopólio estatal em face da lei 9.307/96.....	p.277
2. Funções estatais (primárias e secundárias) e o conceito de jurisdição.....	p.280
3. Jurisdição e lide: vinculação ao mérito da causa. O fenômeno da individualização da norma genérica; da concretização do preceito abstrato.....	p.284
4. Jurisdição e atividades não jurisdicionais (administrativas) praticadas pelo poder judiciário.....	p.286
5. Modos de exercício da jurisdição: distinguindo os conceitos de ação, demanda e tutela jurisdicional.....	p.286
6. Da tutela de conhecimento: horizontal (plena e parcial) e vertical: (exauriente e sumária).....	p.289
6. 1. A tutela de conhecimento declaratória.....	p.290
6. 2. A tutela de conhecimento constitutiva.....	p.293
6. 3. A tutela de conhecimento condenatória.....	p.293
6. 4. A tutela mandamental.....	p.294
6. 5. A tutela antecipada, específica e inibitória.....	p.295
6.6. As liminares.....	p.300
7. Da tutela de execução (livro II do CPC).....	p.300
8. Da tutela cautelar (livro III do CPC).....	p.303
9. Tutelas cognitivas de rito especial (livro IV do CPC): a tutela monitória.....	p.304
10. Poderes compreendidos na jurisdição.....	p.306

11. Princípios e garantias da jurisdição contenciosa.....	p.307
12. Unidade e espécies de jurisdição.....	p.309
12.1. Princípios da jurisdição voluntária.....	p.311
13. Órgãos da jurisdição.....	p.314
13.1. Do Supremo Tribunal Federal.....	p.314
13.2. Do Superior Tribunal de Justiça.....	p.316
13.3. Dos Tribunais Regionais Federais.....	p.318
13.4. Dos Juízes Federais.....	p.320
13.5. Dos Tribunais e Juízes Estaduais.....	p.322
14. O processo civil e a teoria da instrumentalidade processual.....	p.322
15. Jurisdição e o seu objeto mediato e imediato.....	p.324
16. A jurisdição como conceito central da ciência processual.....	p.326

CAPÍTULO 07

DA AÇÃO

1. Preleção necessária: o conceito de pretensão (material e pré-processual), direito subjetivo e ação.....	p.329
2. Das teorias sobre a natureza jurídica da ação.....	p.333
3. Distinguindo: direito subjetivo, pretensão e ação. Um juízo crítico sobre a teoria de Liebman.....	p.337
4. Das condições da ação.....	p.340
5. Acepções utilizadas pelo código civil acerca da expressão ação. Da ação de direito material.....	p.346
6. Pretensão e ação de direito material. A efetivação da pretensão pela via auto-satisfativa.....	p.347
7. A sanção nas relações jurídicas material e processual.....	p.348
8. Conclusões sobre a ação em sua concepção material e processual.....	p.349
8.1. A ação de direito material.....	p.349
8.2. A ação de direito processual.....	p.349

9. Conclusões sobre a teoria eclética.....	p.350
10. Elementos da ação.....	p.352
10.1. Do conceito de parte.....	p.352
10.1.2. O princípio da dualidade das partes.....	p.352
s ações.....	p.358
10.5. Concurso e cumulação de ações:	
no processo de conhecimento e no de execução; objetiva e subjetiva.....	p.364

CAPÍTULO 08
SUJEITOS PROCESSUAIS I
(DAS PARTES)

1. Capacidade de ser parte:	
extinção. Validade dos atos praticados após a morte.....	p.368
2. Parte em sentido formal e material: o problema da legitimação	
anômala, extraordinária, ordinária e concorrente.....	p.369
3. Capacidade de estar em juízo e faculdade de incoar.....	p.370
3.1. Atos praticados por incapazes	
e atos praticados por pessoa proibida de incoar no processo.....	p.371
3.2. Faculdade de incoação – pressuposto processual ou condição da ação?.....	p.371
4. A atuação dos incapazes no processo: representação, assistência,	
tutela e curatela.....	p.371
4.1. Tutela, curatela e autorização judicial para demandar:	
os poderes processuais do curador à lide.....	p.372
5. Representação e apresentação em juízo.....	p.374
5.1. O problema do espólio: citação de todos os herdeiros.....	p.376
5.2. Situação processual do inventariante: parte ou presentante da	
parte?.....	p.377

6. Incapacidade processual e irregularidade de representação. A sanção da incapacidade processual no direito comparado.....	p.378
7. Da litigância de má-fé, ato atentatório à dignidade da jurisdição e a responsabilidade por dano processual.....	p.379
8. O dever de veracidade da parte e do procurador após o advento da lei nº 10.358/01.....	p.382
8.1. A Fazenda Pública como sujeito passivo da multa do artigo 14 do CPC.....	p.385
9. Má-fé processual e dano (material e moral): o <i>re plus petitur</i> do artigo 940 do CC e o artigo 42 do código de proteção e defesa do consumidor.....	p.387
10. O princípio da igualdade das partes: os privilégios da Fazenda e do MP.....	p.389

SUJEITOS PROCESSUAIS II

(DO JUIZ)

11. Distinções essenciais entre o juiz e o julgador administrativo.....	p.392
12. O caso do Tribunal Administrativo Tributário do Estado de Pernambuco (TATE).....	p.393
13. Das garantias dos juízes e julgadores administrativos.....	p.395
14. Quanto à autonomia das decisões judicial e administrativa.....	p.396
15. Quanto aos poderes jurisdicionais.....	p.397
16. O processo administrativo como condição da ação judicial.....	p.398
17. Poderes e responsabilidades processuais do juiz.....	p.399

CAPÍTULO 09

DO LITISCONSÓRCIO

1. Conceito.....	p.402
2. Análise no direito comparado e uma classificação inicial do litisconsórcio.....	p.403
3. Do litisconsórcio facultativo.....	p.406
3.1. Litisconsórcio facultativo por comunhão de direitos ou obrigações relativamente à lide (art. 46, I).....	p.406
3. 2. Litisconsórcio facultativo por conexão e afinidade de questões (art. 46, II, III e IV).....	p.407
3.3. Litisconsórcio facultativo próprio, impróprio (recusável) e multitudinário: o problema da competência após a cisão processual.....	p.409
4. Litisconsórcio necessário: espécies e a questão da intervenção do co-partícipe ativo.....	p.413
5. Litisconsórcio necessário: a <i>exceptio plurium litisconsortium</i> , a intervenção <i>jussu judicis</i> e a <i>adcitação</i> . A opinião de Dinamarco, Pontes de Miranda e a jurisprudência.....	p.417
6. O litisconsórcio unitário. Defesa apresentada em litisconsórcio simples e aproveitamento aos demais.....	p.419

CAPÍTULO 10

DA INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

1. O conceito de terceiro.....	p.422
1.1. Da intervenção de terceiros em Portugal.....	p.424
2. Da assistência: conceito, procedimento interventivo e o problema da alienação da coisa litigiosa.....	p.426
2.1. Interesse jurídico e econômico: a prerrogativa das pessoas jurídicas de direito público.....	p.428
2.2. Intervenção da União:	

a impossibilidade de desistência da condição de assistente.	p.430
2.3. A assistência e suas espécies. Poderes processuais e a distinção entre os conceitos de assistente litisconsorcial e litisconsorte.....	p.431
2.4. Julgamento da causa e os efeitos da coisa julgada.....	p.436
3. Da oposição (artigos 56-61): conceito; momento interventivo; citação do oposto revel (na pessoa de seu advogado); a natureza do litisconsórcio; o prazo para a resposta.....	p.438
3.1. Oposição: petição inicial, valor da causa e limitação do pedido; procedimento cabível;.....	p.441
3.2. Oposição: interventiva e autônoma; total ou parcial; pressupostos específicos.....	p.442
3.3. Oposição e embargos de terceiros: semelhanças e distinções.....	p.443
4. Da nomeação à autoria (artigos 62-69): a (i)legitimidade do possuidor.....	p.446
4.1. Espécies de nomeação à autoria; procedimento e ineficácia da nomeação: o problema da recusa e os efeitos da coisa julgada.....	p.449
4.2. A supressão da nomeação à autoria no sistema processual português e sua substituição pelo uso da <i>oposição coacta</i>	p.451
5. Da denunciação da lide (artigos 70-76): evolução do <i>chamamento à autoria</i> ; hipóteses de cabimento; natureza jurídica.....	p.452
5.1. A obrigatoriedade da denunciação da lide: de ação de defesa (Calamandrei) para ação de regresso (Chiovenda). Pela facultatividade irrestrita do direito regressivo.....	p.454
5.2. A denunciação da lide em face do novo código civil.....	p.456
5.3. O caso da evicção e o procedimento sumário.....	p.457
5.4. Legitimação e procedimento.....	p.461
5.5. Natureza da tutela; sucessividade; ação principal e secundária; o terceiro como assistente litisconsorcial.....	p.462
5.6. Procedimentos admissíveis; revelia do terceiro; julgamento simultâneo e extinção antecipada: a natureza da sentença.....	p.467
7. Do chamamento ao processo (artigos 77-80).....	p.469

VOLUME 01
CAPÍTULO 11
DA COMPETÊNCIA

1. Conceito.....	p.473
2. Da competência ou jurisdição internacional.....	p.474
2.1. Da jurisdição internacional exclusiva.....	p.475
2.2. Da jurisdição internacional concorrente. O problema do código Bustamante e a homologação de sentença estrangeira pelo STF: a carta de sentença como título executivo e a competência da justiça federal de 1ª instância.....	p.477
3. Dos critérios determinantes da competência interna.....	p.481
3.1. Da competência em razão da matéria.....	p.482
3.2. Da competência em razão da pessoa.....	p.484
3.3. Da competência funcional ou hierárquica.....	p.486
3.4. Da competência territorial relativa e absoluta.	
Competência por eleição do foro.....	p.489
3.4.1. Da competência territorial nas ações fundadas em direitos: pessoais (mobiliários e imobiliários) e reais mobiliários.....	p.493
3.4.1.1. A especificidade do procedimento misto do registro de torrens.....	p.495
3.4.2. Competência territorial determinada em face do domicílio ou da residência do réu?.....	p.497
3.4.3. Competência nos inventários, partilha e arrecadação.....	p.498
3.4.4. Réu ausente.....	p.499
3.4.5. Réu incapaz.....	p.501
3.4.6. Competência territorial nas causas de interesse da União: pela revogação constitucional do artigo 99 do CPC.....	p.503
3.4.7. Demais hipóteses de competência territorial.....	p.505
3.5. Da competência em razão do valor: absoluta e relativa.....	p.508
4. Da modificação da competência e a perpetuação da jurisdição.....	p.510
4.1. Da modificação do estado de fato e de direito.....	p.512

4.2. Da prorrogação da competência: ausência de exceção de incompetência.....	p.515
4.3. Da conexão e da continência: necessidade de coincidência entre causa próxima e remota, e entre pedido mediato e imediato?	p.521
4.4. Da prevenção. Distinção com a prorrogação da competência . Competência de foro e de juízo.....	p.524
4.5. Prevenção pela distribuição no segundo grau de jurisdição: os limites da competência legislativa dos tribunais.....	p.527
4.6. Suspeição, impedimento e prevenção do órgão fracionário julgador nos tribunais.....	p.529
5. A competência e o problema da ação acessória.....	p.531
6. Competência e o problema da questão prejudicial penal.....	p.534
7. Dos conflitos de competência e de atribuições.....	p.536

CAPÍTULO 12

DOS ATOS E PRAZOS PROCESSUAIS

1. O sentido processual da expressão ‘ato’ e os seus princípios vetores.....	p.542
2. O direito de consultar autos processuais e a obrigatoriedade do uso do vernáculo.....	p.543
3. Atos da parte.....	p.544
4. Atos e prazos do juiz: nos despachos e decisões.....	p.545
5. Atos do escrivão ou chefe de secretaria.....	p.548
6. Um prenúncio da telematização dos atos processuais.....	p.549
7. Tempo e prazo dos atos processuais. O conceito de dias úteis.....	p.552
8. Dos princípios que regem os prazos processuais.....	p.556
9. Da contagem e o problema da “prorrogação” dos prazos decadenciais.....	p.560
10. Das espécies de prazos: de minutos, horas, dias, meses e anos.....	p.562
11. Do lugar dos atos processuais. Atos praticados dentro e fora da sede	

do juízo: a questão da deferência; do interesse da justiça; e do obstáculo argüido pela parte.....	p.562
12. As cartas processuais e seus requisitos no CPC e nos juizados. A expedição das cartas e a suspensão do processo.....	p.564
12.1. Dos requisitos e do procedimento para expedição de rogatórias: a Convenção Interamericana do Panamá e a Portaria nº 26/90 do Ministério das Relações Exteriores.....	p.567
12.2. Dos requisitos específicos para expedição e cumprimento de rogatórias nos Estados Unidos da América do Norte.....	p.569
12.3. Outras peculiaridades para a expedição e o cumprimento das rogatórias para o Paraguai e Suíça.....	p.571
12.4. Dos requisitos, incidentes e procedimento para a admissão e cumprimento das rogatórias no Brasil: a recusa do réu brasileiro à jurisdição estrangeira.....	p.573
12.5. Anexo do capítulo: 01º - portaria nº 26, de 14 de agosto de 1990, que regulamenta a expedição de rogatórias no Brasil; 02º- modelo simplificado de rogatória sugerido pelo MRE e MJ.....	p.576

CAPÍTULO 13

DO PROCESSO E DO PROCEDIMENTO

1. Autonomia do direito processual civil e a sua distinção com o procedimento.....	p.582
2. Dos princípios orientadores do processo civil.....	p.584
3. Das espécies de procedimento.....	p.590
3.1. Notícia histórica e classificação dos procedimentos.....	p.591
3.2. Procedimento escrito e oral:	
os princípios da oralidade, da imediação e da concentração da causa.....	p.593
4. Do procedimento sumário.....	p.595
4.1. A prática dos atos processuais no procedimento sumário.....	p.599
4.2. Da audiência de conciliação; defesas; instrução e julgamento.....	p.602

4.3. Da intervenção de terceiros e dos recursos cabíveis.....	p.605
5. Procedimento ordinário e fases processuais.....	p.608
5.1. Da petição inicial.....	p.611
5.2. Do órgão judiciário a que se deve dirigir a petição inicial.....	p.613
5.3. Da qualificação das partes.....	p.613
5.4. O fato e os fundamentos jurídicos do pedido.....	p.614
5.5. O pedido com suas especificações.....	p.615
5.6. O problema da atribuição do valor da causa.....	p.617
5.7. As provas.....	p.618
5.8. O requerimento para a citação do réu.....	p.618
5.9. Dos documentos.....	p.619
5.10. Dos defeitos sanáveis da petição inicial.....	p.621
5.11. Do indeferimento da petição inicial.....	p.622
6. Do equívoco do CPC ao mencionar um procedimento ordinário de execução.....	p.623
7. Dos procedimentos cautelares.....	p.624
sujeitos da prova. Prova real e pessoal, casuais e pré-constituídas.....	p.629
4. Dos princípios do direito probatório	
e a posição do STF sobre as CPIs procederem a interceptações telefônicas.....	p.630
5. Da avaliação das provas: sistema das provas legais;	
sistema da livre convicção; e o sistema do convencimento racional.....	p.635
6. Procedimento e momento da prova:	
prova de fora de terra e prova antecipada: “ <i>ad perpetuam rei memoriam</i> ”	p.637
7. Prova emprestada.....	p.641
8. Provas ilícitas. A superação da “ <i>ilegitimidade</i> ” probatória e a rejeição	
da doutrina do interesse preponderante pelo Supremo Tribunal Federal.....	p.642
8.1. O problema da interceptação telefônica e a adstrição de seu uso ao processo	
penal: a regulamentação do inciso XII do artigo 5º da CF pela lei nº 9296/96.....	p.645
8.2. Uma análise juscibernética do conceito de ‘dados’, ‘processamento’,	
‘informação’ e ‘comunicação’: a inconstitucionalidade do parágrafo único	
do artigo 1º da lei de interceptações telefônicas.....	p.647
8.3. A prova emprestada do processo penal no cível: pelo “ <i>empréstimo</i> ”	

das gravações interceptadas por via telefônica no juízo civil.....	p.650
9. Do depoimento ou ‘interrogatório’ pessoal.....	p.652
9.1. Os depoimentos pessoais e o problema da fixação dos pontos controvertidos	
Inversão na ordem de tomada dos depoimentos e a lógica dialética do processo.....	p.654
9.2. O dever de colaborar com a justiça:	
a recusa da parte e a aplicação da pena de confissão.....	p.656
10. Da confissão: judicial e extrajudicial, escrita, verbal, autêntica e particular.	
Confissão pura e qualificada e a questão da incidibilidade.....	p.657
11. Da exibição de documento ou coisa: meio ou ação de prova? Da <i>actio</i>	
<i>ad exhibendum</i> e da <i>actio de edendo</i> à definição da natureza jurídica da	
exibitória do CPC.....	p.661
11.1. Da exibição cautelar preparatória (CPC artigos 844 e 45).....	p.664
11.2. Requisitos e procedimento da exibição cautelar incidental contra uma das partes	
da ação principal: (CPC artigos 355-363).....	p.665
11.3. A exibição contra o terceiro.....	p.668
11.4. Da exibição de livros comerciais.....	p.669
12. Da prova documental.....	p.670
12.1. Documentos públicos e particulares.....	p.671
12. 2. O momento de produção da prova documental.....	p.674
12.3. As cartas missivas e a constitucionalidade de seu uso no processo	
ante os preceitos da lei nº 9.610, de 19.2.98.....	p.676
12.4. O modo de constituição dos documentos e a validade das reproduções	
fotográficas. O conteúdo e forma documental e a distinção entre ‘documento’ e	
‘instrumento’.....	p.677
12.5. A valoração dos documentos pelo juiz:	
cessação da fé da prova documental.....	p.679
12.6. Da arguição <i>incidenter tantum</i> e <i>principaliter</i> de falsidade documental.	
Natureza jurídica e recurso adequado.....	p.680
12. 7. Incidente de falsidade e o problema da arguição de falsidade ideológica.....	p.682
12.8. Procedimento do ‘incidente’:	
não cabimento no rito sumário e sua adstrição à prova pericial.....	p.685

12.9. O CPC e os documentos eletrônicos:

a juscibernetização da prova documental.....	p.686
13. Da prova testemunhal.....	p.689
14. Da prova pericial.....	p.697
15. Da inspeção judicial.....	p.701

CAPÍTULO 15

DA SENTENÇA E DA COISA JULGADA

1. Conceito e requisitos da sentença. Julgamento pelo segundo grau sem apreciação do mérito na primeira instância.....	p.702
2. Sentenças líquidas e ilíquidas. O problema das verbas indiretas após o advento da lei nº 10.358/01.....	p.705
3.Sentenças <i>extra, ultra e citra petita</i> : pela possibilidade de reforma e não de nulidade (lei nº 10.352/01).....	p.706
4. Sentenças condicionais e a hipoteca judiciária.....	p.708
5. Da coisa julgada: limites, questões prejudiciais e decisões interlocutórias.....	p.709
6. Relativizando a imutabilidade da coisa julgada.....	p.710

SEÇÃO III

CAPÍTULO 16

DOS PRINCÍPIOS:

EVOLUÇÃO HISTÓRICA E DELIMITAÇÃO CONCEITUAL

1. A principiologia: o fundamento de cientificidade jurídica.....	p.713

2. Origem filosófica: delimitando o conceito e a história dos princípios	
<i>Prima principia (dignitates), principium essendi, cognoscendi</i> (comuns e próprios, lógicos e ontológicos) e <i>fiendi</i> . Princípios onivalentes, plurivalentes, monovalentes e setoriais.....	p.715
3. Notícia histórica dos princípios no Brasil: os princípios como fontes jurídicas.....	p.721
4. Os princípios gerais do direito e as vertentes doutrinárias brasileiras e no direito comparado.....	p.724
4.1. A corrente positivista.....	p.729
4.2. A corrente filosófica.....	p.732
4.3. A corrente jusnaturalista.....	p.733
4.4. Crisafulli, Bobbio e os princípios gerais expressos e não expressos.....	p.735
5. Princípios gerais, axiologia e norma jurídica.....	p.737
6. Fundamentos sociológicos dos princípios.....	p.739
7. Princípio e lei: material e formal; enquanto norma e enquanto medida; geral e particular.....	p.741
8. Princípios jurídico-normativos: distinguindo normas, princípios (gerais e jurídicos) e regras.....	p.744
9. Das espécies de princípios jurídicos.....	p.756
10. Valoração principiológica e o problema da hierarquia entre princípios.....	p.758
11. O fundamento de validade dos princípios gerais do direito: por um neojusnaturalismo retroalimentador-antientrópico.....	p.761
12. Uma proposta de taxonomização principiológica e a garantia dos princípios do direito natural representados por uma ‘<i>jurisprudência more geométrico demonstrata</i>’	p.768

CAPÍTULO 17

OS PRINCÍPIOS JUSCIBERNÉTICOS

1.O caráter instrumental do direito cibernético e sua demarcação principiológica.....	p.773
2. Explicando a nossa metodologia e taxonomia.....	p.775
3. Princípio da unicidade cibernética.....	p.776
4. Princípio da rejeição dicotômica entre: direito informático, telemático, jurimetria, giuritecnica, direito artificial e outras nomenclaturas.....	p.779
5. Princípio da necessidade interdisciplinar do direito cibernético.....	p.780
6. Princípio da compatibilização entre direito natural e direito artificial.....	p.781
7. Princípio da compatibilização informático-telemática dos sistemas mundiais....	p.783
8. Princípio da compatibilização entre as lógicas deôntica e alética.....	p.785
9. Princípio da transmutação lógico-computacional da linguagem jurídica: por uma reescritura virtual do direito.....	p.786
10. Princípio da proteção do consumidor na contratação telemática.....	p.789
10. 1. A internet e o comércio eletrônico.....	p.790
10.2. A contratação eletrônica em face do novo código civil: segurança e criptografia assimétrica.....	p.792
10.3. Confrontação dos dispositivos invocáveis no velho e no novo código.....	p.794
10.3.1. A omissão da lei civil brasileira: necessidade de recorrência à hermenêutica integrativa?.....	p.795
10.3.2. Reserva mental divergente da declaração de vontade emitida e a validação da contratação eletrônica.....	p.797
10.3.3. Oferta contratual eletrônica e o problema do <i>spam</i>.....	p.797
10.3.4. Contrato entre presentes ou entre ausentes?.....	p.799
10.3.5. Formação do contrato eletrônico e a figura do <i>iniciador</i>.....	p.800
10.3.6. Do lugar da celebração do contrato virtual: o problema da empresa virtual irreal. Um exemplo de ineficácia jurisdicional.....	p.802
11. Princípio da vedação do juiz artificial.....	p.805
12. Princípio da atividade correicional artificial: controle panóptico da atividade judicial e cartorária.....	p.806
13. Princípio do controle cibernético do Poder Judiciário.....	p.807
14. Princípio da necessidade de criminalização de condutas virtuais danosas.....	p.808

15. Princípio da proteção à privacidade.....	p.809
16. Princípio da virtualidade do processo.....	p.812

CAPÍTULO 18

ANÁLISE DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TÉCNICA PROCESSUAL

1. A técnica processual dos sumérios: processos em autos de argila.....	p.814
2. O processo grego.....	p.817
3. Do processo civil romano: o direito pré-clássico, clássico, pós-clássico e o fenômeno da “vulgarização” do direito romano.....	p.820
4. Da era da prática forense (judicialismo) à era do procedimentalismo francês (o advento do processo civil moderno).....	p.823
5. A formação do processo civil alemão: a influência italiana e saxônica.....	p.826
5.1. Do procedimentalismo francês ao cientificismo alemão.....	p.828
6. Natureza jurídica do processo: <i>contrato, quase-contrato, relação jurídica; situação jurídica e instituição.</i>	p.831
7. Evolução histórico-comparada do processo civil brasileiro em face do europeu.....	p.837
8. Da ciência processual ao advento do ‘direito jurisdicional’.....	p.843
8.1. quanto ao método.....	p.844
8. 2. Quanto à teoria.....	p.845
8.3. O processo no âmbito do sistema.....	p.845
8.4. A jurisdição no núcleo sistemático: o <i>direito jurisdicional</i>	p.846
8.4.1. Princípios do direito jurisdicional 01: da independência do poder judiciário.....	p.847
8.4.2. Princípios do direito jurisdicional 02: da garantia ao acesso efetivo à jurisdição.....	p.848

CAPÍTULO 19
O PROCESSO TELEMÁTICO:
O FUNDAMENTO DE UMA NOVA TEORIA GERAL DO PROCESSO

1. Situando a instituição do processo no âmbito da teoria geral juscibernética do direito processual.....	p.852
2. Compenetrando o jurídico com o tecnológico:	
a compactação processual universalista como opção para a efetividade.....	p.855
3. Do processo telemático: origem histórica.....	p.857
4. O processo telemático extrajudicial.....	p.859
5. O processo telemático judicial: os princípios apontados por Glauco Riem e Donato Antonio Limoni.....	p.861
6. O processo telemático: análise da experiência italiana.....	p.864
6.1. O acesso telemático e os órgãos da jurisdição informatizada.....	p.864
6.2. Espécies de processos telemáticos e a telematização dos atos processuais.....	p.866
6.3. Da comunicação telemática dos atos processuais.....	p.867
6.4. A digitalização dos autos processuais e a reserva cartácea.....	p.869
6.5. A numeração dos autos informáticos.....	p.869
6.6. Documentos em papel e o direito de consulta aos autos informáticos.....	p.870
6.7. A produção de prova e a prática de atos processuais informáticos e telemáticos.....	p.870
6.8. Forma e intimação da sentença.....	p.871
7. O projeto de telematização do processo brasileiro. O (ante)projeto de lei da AJUFE: problematizações iniciais.....	p.872
8. O projeto de lei nº 5828-2001:	
aprovado na Câmara dos Deputados e enviado ao Senado Federal.....	p.876
8. 1. Das espécies de processos telematizados:	
uma crítica à exclusão da jurisdição eleitoral e administrativa.....	p.877

8. 2. A dispensa de apresentação dos documentos originais.....	p.880
8.3. Da comunicação dos atos processuais e dos prazos.....	p.883
9. O processo virtual como gênero das espécies: processo telemático e processo cibernético.....	p.887
10. Do processo cibernético.....	p.889
11. Metodologia cibernética wieneriana aplicada ao processo: predição, retroalimentação (feedback) e entropias (materiais e processuais).....	p.889
12. Pela processualização da metodologia: o juiz e sua função retroalimentadora. Uma análise do racionalismo de Knapp e de Luño.....	p.891
13. Kelsen: dinâmica processual e raciocínio juscibernético.....	p.896
14. Nelson Saldanha: metodologia, relativização da verdade e ideologia. Processualização e a superação da ‘ordem’ (da norma) e da lógica pela hermenêutica.....	p.897

CAPÍTULO 20

OS PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DA TEORIA GERAL JUSCIBERNÉTICA DO PROCESSO

1. Princípio da telematização dos atos processuais: identidade físico-virtual do juiz, a escatologia das cartas processuais e a questão da aderência da jurisdição ao território.....	p.901
2. Princípio da internacionalização da jurisdição: necessidade de alteração do artigo 88 do CPC?.....	p.905
3. Princípio da eletronicidade documental.....	p.910
4. O princípio da <i>persona ficta</i> : capacidade computacional; o problema da capacidade de ser parte e de estar em juízo; a responsabilidade civil.....	p.914
5. O princípio da ‘computacionalização’ da prova.....	p.917

CONCLUSÃO.....p.922

- 1. A proposta de uma *nova teoria geral do processo e do direito processual civil*.....p.924**
- 2. Por uma TGP simetricamente generalizada e informaticamente formalizada: uma nova e estruturante lógica para um novo e telemático processo.....p.926**
- 3. Uma nova teoria para um novo processo.....p.929**
- 4. A sistemática processual civil de 1973 e o processo civil de 2003.....p.930**
- 5. Em relação à ação.....p.933**
- 6. Quanto à intervenção de terceiros.....p.934**
- 7. Quanto à jurisdição e à coisa julgada inconstitucional.....p.935**

BIBLIOGRAFIA:

- LIVROS.....p.939**
- ARTIGOS DE REVISTAS E PERIÓDICOS.....p.953**
- ARTIGOS DE INTERNET.....p.955**
- TESES DE DOUTORADO, DISSERTAÇÕES DE MESTRADO
E MONOGRAFIAS ACADÊMICAS.....p.956**

ABREVIATURAS

Ac. Acórdão
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADR (*Alternative Dispute Resolution*)
AgRg – Agravo Regimental
AJUFE – Associação dos Juizes Federais
ASCC - Automatic Sequence Controlled Calculator (Calculadora Automática de Sequência Controlada)
CC código civil
CE Comunidade Européia
CF – Constituição Federal
Cf. - Confira-se
CPCB - Código de Processo Civil do Brasil
CPC - Código de Processo Civil do Brasil
CPCI – Código de Processo Civil da Itália
CPCP - Código de Processo Civil de Portugal
CPDC - Código de Proteção e Defesa do Consumidor
CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito
CPIs – Comissões Parlamentares de Inquérito
CPJI - Corte Permanente de Justiça Internacional
DJU – Diário da Justiça da União
DNS - *Domain Name System*
D.P.R. – Decreto do Presidente da República
DOU – Diário Oficial da União
ENIAC - (Electronic Numerical Integrator and Calculator)
ESMAPE – Escola Superior da Magistratura de Pernambuco
FAPESP – Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo
IBM - International Business Machines Corporation
Inc. - Inciso
ICP – Infra-Estrutura de Chaves Públicas do Brasil
KIPS - (Knowledge Information Processing Systems),
LICC - Lei de Introdução ao Código Civil
LOMAN – Lei Orgânica da Magistratura Nacional
LRP – Lei de Registros Públicos
MJ – Ministério da Justiça
MP - Ministério Público
MRE – Ministério das Relações Exteriores
N.E.P - Ofício Único do Judiciário
OIT – Organização Internacional do Trabalho
Op. cit. – obra citada
PE – Pernambuco
PL – Projeto de Lei
PLANIN - Plano nacional de informática
PLC – Projeto de lei da Câmara dos Deputados

PR – Paraná
SEL - Sistemas Especialistas Legais
SIC – Sistema Informático Civil
STF - Supremo Tribunal Federal
STJ - Superior Tribunal de Justiça
TATE - Tribunal Administrativo Tributário do Estado de Pernambuco
TGD – Teoria Geral do Direito
TGP – Teoria Geral do Processo
TLDs - *Top Level Domains*
TFR -Tribunal Federal de Recursos
TRF1^a - Tribunal Regional Federal da Primeira Região
TRF2^a - Tribunal Regional Federal da Segunda Região
TRF3^a - Tribunal Regional Federal da Terceira Região
TRF4^a - Tribunal Regional Federal da Quarta Região
TRF5^a - Tribunal Regional Federal da Quinta Região
RISTJ – Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça
RISTF - Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
RCJF – Regimento de Custas da Justiça Federal
Segs. – Seguintes
TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJPR – Tribunal de Justiça do Paraná
TJRJ – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJPE – Tribunal de Justiça de Pernambuco
TJES – Tribunal de Justiça do Espírito Santo
TST – Tribunal Superior do Trabalho
UNICAP – Universidade Católica de Pernambuco
USP – Universidade de São Paulo
RJTJERGS – Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TACivSP
RT - Revista dos Tribunais
Uncitral - United Nations Commission on International Trade Law
ZPO – Ordenança Processual Civil Alemã

Introdução.

Esta tese objetiva a demonstração da necessidade de uma reengenharia da concepção do fenômeno processual, em razão do advento do *processo telemático*. Visa expor a possibilidade de se engendrar uma *nova teoria geral do processo e do direito processual civil*. Pretendemos demonstrar que a relação processual - como até então concebida numa ambiência secularizada - está a exigir urgentes alterações para adaptar-se à nova realidade da virtualização: a telematização do processo. Para tanto, subdividimos o estudo em três seções. Primeiramente, trataremos da determinação conceitual do objeto de abordagem nuclear da tese, posto que tal mister foi considerado como uma etapa propedêutica imprescindível a uma nova proposição teórica, pois, corroborando Kelsen: “... uma teoria do direito deve, antes de tudo, determinar conceitualmente seu objeto”.¹

Pois bem, no primeiro capítulo da primeira seção (*Lógica, linguagem e processo*) abordaremos a realidade decorrente do advento da informática, na qual a lógica deixou de ser concebida como mero exercício mental-analítico para se manifestar na existência empírica do cotidiano como algo efetivamente “concreto”. Em seguida, no segundo capítulo (*Informática, telemática e cibernética. Direito: informático, telemático e cibernético*), analisaremos a tecnologia e seus principais conceitos, iniciando-se com a informática, depois com a telemática e, enfim, com a cibernética, relacionando estes saberes com os respectivos aspectos jurídicos: o direito teleinformático-cibernético. No terceiro capítulo (*Direito e relação processual*) partiremos da concepção de que a efetivação do Direito, enquanto sistema de normas, não prescinde do uso da força juridicamente controlada, rejeitando-se, porém, a idéia de Direito como sistema autônomo do sistema social. Com base em Lourival Vilanova, ressaltaremos que o Direito é *relacional* e o é na exata medida em que consiste num fato social, cujo objeto são as condutas humanas juridicamente relevantes, ainda que decorrentes de fato-relação derivado

¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução por João Baptista Machado. Original em alemão: *Reine Rechtslehre*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 159.

da natureza.² O suporte fático da norma, portanto, será, via de regra, a conduta humana assim considerada.

Neste contexto exsurge que a relação jurídica processual é efectual porque o exercício do direito de ação depende de uma lesão ou ameaça a direito. Ainda na primeira seção demonstraremos que, mesmo sob o enfoque positivista, o fundamento do direito estatal é o direito natural, como o admite Vilanova: “... o direito natural é o fundamento último, transcendental do direito positivo: é o seu fundamento de validade”,³ ainda que hodiernamente encontre-se (o direito natural) trivializado, no sentido de Tércio Sampaio Ferraz Júnior,⁴ aquela assertiva não perde o sentido, pois se é certo que as regras de direito natural encontram-se positivadas, não é certo, todavia, que o seu fundamento de validade resida, unicamente, nesta positivação. O nosso enfoque neojusnatural é de índole *retroalimentadora e antientrópica*, isto é, defendemos a tese de incidência refratária e de retroalimentação sistemática neojusnatural, no sentido de que as regras jusnaturais, como o direito à vida, à liberdade e à religião, por exemplo, permanecem em contato com a realidade juspositivista, mas sem se confundir com ela.

Em nossa visão *neojusnaturalista* os princípios de direito natural – princípios jurídicos, não os gerais do direito - têm escopo adstrito à função retroalimentadora de reserva termostática. Atuarão para corrigir alterações entrópico-sistemáticas, pois como muito bem lecionou Cabral de Moncada: a lei reina, mas quem governa são os juízes, é a jurisprudência.⁵ Afora isso, defendemos a obediência às regras estatuídas pelo parlamento estatal, no sentido de Nelson Saldanha, para admitir que direito é ordem, mas é, também, e muito mais, hermenêutica. Admitimos, ainda, com Dworkin e Alexy que as normas jurídicas constituem-se num gênero ao qual pertencem como espécies as regras e os princípios, sendo estes superiores hierarquicamente àquelas.

Antes de qualquer engendro sobre o tema central da presente tese pareceu-nos metodologicamente adequado preparar o campo jurídico sobre o qual incidirá a proposta

² VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 66.

³ Ibidem. p. 132.

⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – Técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1990, p. 160-161.

⁵ MONCADA, Cabral de. *Filosofia do direito e do estado*. Lisboa: Coimbra Editora, 1995, p. 79-80.

final. Mediando a delimitação conceitual prévia e a etapa conclusiva situa-se o objeto de atuação da jurisdição: a relação jurídica processual, objeto da segunda seção. Aqui, será a exposta a estrutura dogmática da relação processual civil de conhecimento, tomada como objeto de referência, como espécie de elo entre a primeira e a terceira seções, mas, advirta-se, sempre com finalidade panorâmica e não exauriente.

Na terceira seção, demonstrarmos como a aplicação da tecnologia cibernética repercute no presente e como repercutirá no futuro na seara processual, exigindo uma teoria processual juscibernética como solução a proporcionar a adaptação do direito e do processo à revolução tecnológica com prevalente caráter instrumental. Veremos que o centro das atenções da doutrina européia atual deslocou-se do conceito de ação e do processo para o de jurisdição, numa perspectiva publicista e socializante em detrimento do prisma individualista atrelado à revolução liberal e proporcionado pelo excessivo apego à teoria da ação e às formas processuais.

Objetivamos, enfim, estabelecer a proposição de uma principiologia específica para o direito cibernético, capaz de lhe outorgar o caráter de ciência jurídica autônoma; a demonstração do seu nítido caráter '*instrumental*'; a idealização de uma nova teoria geral do processo e do direito processual civil. Pela nossa taxonomia, o fenômeno da virtualização do processo constitui-se num *super-princípio* situado no âmbito do direito cibernético, mas que, por si só, estrutura o mecanismo de engendro de uma nova e tecnológica jurisdição.

Sobre a instrumentalidade do direito cibernético deve-se adscrever acerca de sua semelhança, quanto ao aspecto da teleologia, com o direito processual. Se o fim deste último é a efetivação de direitos e garantias através de uma jurisdição instrumentalizante, o daquele revelar-se-á sempre na instrumentalização de uma gama inestimável de direitos, e de direitos não apenas processuais. Interessante que o caráter instrumental do direito cibernético revela-se tanto em relação ao direito dito '*material*', exemplo da contratação eletrônica, quanto em face do próprio direito processual, exemplo da virtualização do processo. Como se observa, se o processo é instrumento da jurisdição, o direito cibernético é instrumento do instrumento (o

processo), pois que a aplicação da tecnologia à experiência jurídica constitui-se hoje em fenômeno indispensável e irreversível na vida forense mundial.

Pois bem, demonstrada a autonomia do direito cibernético, será possível verticalizar a discussão doutral para se demonstrar que uma nova teoria geral do processo está a surgir exigindo tratamento taxonômico-doutrinário apropriado. Na medida em que o processo revela-se como instrumento virtualizado a serviço da jurisdição, ultrapassando o superado modelo de documentação processual incorporado através da celulose, conseqüentemente uma nova ambiência jurídica há de ser reconhecida. Feito isto, não mais haverá óbice para a propositura de uma nova teoria do processo, com a redefinição de vários institutos tradicionais. Essa teoria, por sua vez, pode ser intitulada de *geral*, posto que o fenômeno da telematização processual irradiará efeitos jurídicos no âmbito de todas as espécies processuais.

Quanto às normas técnicas, adotamos as regras determinadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas contidas na NBR 6023 de agosto 1989. Além disso, tomamos também como parâmetro a doutrina de Umberto Eco e Deisy Ventura, tentando evitar defeitos pertinentes à autenticidade das referências bibliográficas e às citações a obras dos autores consultados. Com efeito, procurando atalhar transcrições desnecessárias, mas, ao mesmo tempo, visando à preservação ética e autoral, a fim de conferir autenticidade ao trabalho. As citações encontram-se, em sua maioria, em notas de rodapé, o que representa uma tentativa de preservar idéias alheias que corroborem o pensamento aqui desenvolvido.⁶ Mas é certo que a preocupação excessiva quanto ao método consiste num ‘descaminho’ da teoria, pois este não pode sobrepor-se ao conteúdo, como ensina Nelson Saldanha: “... *pareceu-nos válido chamar a atenção para um certo descaminho da teoria, descaminho vinculado a um exagero: o exagerado apego aos problemas do método, que tendem a se substituir aos problemas ‘de conteúdo’*”.⁷

⁶ Esta orientação é encontrada em VENTURA, Deisy. *Monografia jurídica: uma visão prática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 97.

⁷ SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia: secularização e crise no pensamento jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 11.

Esclarecemos, finalmente, que muitas vezes se verificarão referências a artigos legais sem a explicitação do respectivo texto de lei a que pertence, nesses casos deve-se entender como sendo, sempre, uma menção ao código de processo civil do Brasil. Foi com este propósito que a tese: *‘Principiologia juscibernética. Processo telemático. Uma nova teoria geral do processo e do direito processual civil’* foi concebida.

CAPÍTULO 01

LÓGICA, LINGUAGEM E PROCESSO.

1. Partindo do pensamento de Lourival Vilanova: “*generalização*” para uma teoria geral do direito; e “*formalização*” para uma lógica jurídica.

O professor Lourival Vilanova logrou o título de Livre Docente da disciplina de Introdução ao Estudo do Direito da Faculdade de Direito do Recife no ano de 1947, quando defendeu a tese: “*Sobre o conceito do Direito*”, (Recife: Imprensa Oficial), na qual se constata a presença das idéias de Stammler e uma inclinação para a fenomenologia. Em 1953 apresentou tese intitulada: “*O problema do objeto da teoria do Estado*”, (Recife: Imprensa Oficial), que lhe rendeu o título de Professor Catedrático e na qual se verteu para o formalismo, mas ainda convivendo com temáticas não estritamente jurídico-formais, o que talvez se explique em razão do exercício da cátedra de Sociologia no Curso de Ciências Econômicas da UFPE até – aproximadamente – o ano de 1956, quando, enfim, assumiu a titularidade da cadeira de Teoria Geral do Estado na Faculdade de Direito.⁸ Mesmo assim o interesse pela fenomenologia não diminuiu, tanto que em 1966 publicou: “*Notas para um ensaio sobre a cultura*” (Recife: Imprensa Universitária – UFPE) e em 1969 publicou:

⁸ Neste sentido veja-se SALDANHA, Nelson. In Memoriam: Lourival Vilanova. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, v. 52, p. 5, março. 2002.

“Teoria das formas sintáticas – anotações à margem da teoria de Husserl (Recife: Imprensa Universitária – UFPE).

Iniciou o seu ministério de lógico por volta de 1970, quando já lecionava esta disciplina na Faculdade de Filosofia da UFPE. Inicialmente partiu das idéias de Kelsen e de Kant para depois se relacionar com as obras de Klug, Schreiber, Weinberg, dentre outros. Sua ligação com a fenomenologia, como explica Nelson Saldanha, foi, de certa forma, definitiva, pois foi nessa corrente do pensamento que encontrou a preocupação ‘objetivista’ que tanto o impressionou e também o pensar analítico já verificado em Kant. Em certa medida a influência da fenomenologia explica sua filiação ao kelsenismo, constatado de forma veemente a partir da década de sessenta. O interesse e o estudo das idéias de Kelsen rendeu-lhe o reconhecimento de especialista mor no Brasil na obra do mestre de Viena.⁹ A partir de 1973 Vilanova exerceu a coordenação da Pós-graduação em Direito da UFPE, atividade que se estendeu até 1985. Do conjunto de sua obra dois trabalhos eram sempre destacados pelo saudoso professor: *“As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo”*, publicado em São Paulo em 1977 e *“Causalidade e relação no direito”*, publicado no Recife em 1982, tendo ambos sido republicados posteriormente.¹⁰ Mas não se pode deixar de fora o seu *“Lógica jurídica”* editado em 1976, tanto pela dimensão da obra em si quanto pela pertinência temática com aquelas outras duas.

Para além de Nelson Saldanha a importância da obra deste professor é ainda testemunhada por outros também renomados juristas, exemplificativamente, atesta Paulo de Barros Carvalho: *“Não tenho a menor dúvida de que, diante dos modernos vultos da*

⁹ A respeito diz Nelson Saldanha: *“Vilanova tornou-se um dos maiores conhecedores (senão o maior) no Brasil, da obra do pensador da Reine Rechtslehre, embora não pareça ter tido interesse maior na variada teorização de Kelsen sobre forma de governo e sobre a justiça”*. Ibidem., p. 6.

¹⁰ Sobre a importância destas duas obras Nelson Saldanha escreveu: *“De suas obras, entretanto, aquelas a que o autor atribuía relevância maior foram “As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo” (São Paulo, RT, 1977) e “Relação e causalidade no direito” (Recife, 1982, e depois São Paulo, Saraiva, 1989). Nestes dois livros estão delineadas as suas preocupações que em grande parte pressupõem o seu longo trato com a obra de Kelsen e com as disquisições lógicas dos que, de certo modo, reconstruíram ou redirecionaram o normativismo”*. Ibidem., p. 6.

Filosofia e da Teoria Geral do Direito, ninguém lhe sobrepuja no rigor e na correção do pensamento".¹¹ Já Geraldo Ataliba insculpe:

"Lourival Vilanova é autor de raros, mas preciosos trabalhos, que representam verdadeiras jóias das nossas letras jusfilosóficas. Reputado e acatado aquém e além de nossas fronteiras, é sem favor algum, um dos expoentes do nosso pensamento jurídico e jusfilosófico. A consideração que merece de mestres do porte Recaséns Siches – testemunhada publicamente em simpósios internacionais – orgulha o Brasil e desvanece os seus discípulos e admiradores".¹²

Sempre brilhante e acessível aos alunos, Lourival Vilanova deixou-nos em 2001, sendo certo que até o ano de 2000 ainda exercia, com maestria e clareza de raciocínio, o ministério da cátedra que tanto amava e em nome do qual recusou o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Feita a merecida homenagem, esclarecemos previamente que as nossas considerações sobre a lógica tiveram como fonte de argumentação central as três últimas obras acima citadas do professor Lourival Vilanova. A partir daí desenvolveremos raciocínio conducente à cibernetização do direito com enfoque centrado sobre o direito processual.

O pensamento de Lourival Vilanova pode ser seccionado em dois enfoques: lógica jurídica e teoria Geral do Direito. No uso da lógica jurídica Vilanova enfrenta os problemas do Direito através da técnica da *formalização*. No uso da teoria geral do Direito, o método utilizado é o da generalização.

Quando escreveu o seu *Lógica Jurídica*, Lourival Vilanova teve por objetivo legitimar a existência de uma Lógica Jurídica como "teoria formal". As técnicas de tratamento científico-dogmático do Direito, empregadas por advogados, magistrados e, enfim, todos os operadores do Direito, pertencem à metodologia do Direito. É o que denomina em seu *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo* de "logicismo",

¹¹ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997. Texto extraído da "apresentação" do professor Paulo de Barros Carvalho.

¹² Ibidem., p. 23.

sendo corroborado por Geraldo Ataliba para quem a experiência lógica será *parcial* porque abstrai o *formal-estrutural* ostentado pelo direito positivo. É nesta seara que a lógica jurídica atua. Ir além dela significa extrapolar os seus limites.¹³ Temos, então, uma dúplice visão acerca do conhecimento sobre o jurídico: de um lado o tratamento lógico, realizado por meio da *formalização* e que transcende ao âmbito da metodologia; de outro, o tratamento do jurídico inserido na Teoria Geral do Direito, realizado através do método da *generalização*. Esses dois campos, chamemos assim, da visão geral de Vilanova (1º -- As Estruturas Lógicas; 2º -- A Teoria Geral do Direito) não se incompatibilizam. Ao contrário, a metodologia adquirirá maior rendimento teórico e científico quando se verter para os albos da lógica jurídica.¹⁴ Assim, tanto maior será a destreza do prático do Direito quanto mais familiarizado for com a Lógica Jurídica. E na via recíproca constrói-se uma teoria lógica (formal) vertida para a experiência jurídica com relevo para a compatibilidade entre os modelos lógicos: deôntico e alético.

Isto, por si só, adquire enorme importância para a teoria do Direito Cibernético, já que autoridades como Mario Giuseppe Losano -- maior especialista do mundo sobre o assunto e criador da teoria da *Giuscibernetica* -- chegaram a afirmar que a lógica que o Direito Cibernético requer é do tipo alético e dual, apenas. É que se o computador opera, no âmbito do *hardware*, com o alfabeto binário, não seria capaz de 'entender' e processar informações jurídicas baseadas em proposições de três ou mais valores. Também, como as proposições binárias dão-se nos modos Verdadeiro ou Falso, a lógica alética seria a única apta a conviver com a modernidade cibernética. Por dissentirmos deste entendimento, *data venia*, partiremos, então, da premissa do professor

¹³ ATALIBA, Geraldo. Em prefácio à obra *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

¹⁴ Somente aqueles de mente pequena e limitada enveredam-se pelos caminhos do Direito Positivo de cada um dos ramos da ciência jurídica, sem querer ou esforçar-se para compreender o sistema jurídico como um todo em sua amplitude. Geraldo Ataliba, quando prefaciou a primeira edição de *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*, na p. 17, neste mesmo sentido, disse-nos: "*Na verdade, pensamos que o que mais falta a quem pretende conhecer o Direito não é a informação sobre os institutos e as normas, ou sobre as soluções que os problemas vêm tendo, na jurisprudência ou na prática do Direito aplicado. Não! O que falta de modo alarmante é o domínio dos princípios, a facilidade de compreensão e manuseio das categorias, a visão sistemática, global, operacional e funcional do Direito como conjunto, como um todo. (...) É inútil o conhecimento que se limita à superfície do fenômeno jurídico, sem buscar penetrar seus fundamentos explicativos e justificativos*". Os grifos são nossos.

Lourival Vilanova, para sustentarmos que a lógica deôntica é compatível com o Direito Cibernético – enfoque não enfrentado pelo eminente lógico da Escola do Recife.

2. A lógica e o logos. Valoração do conhecimento e isolamento temático: os níveis abstracionais vilanovianos e os modais kantianos *a priori* e *a posteriori*.

É importante que se esclareça ainda no átrio deste capítulo que nossas injunções analíticas sobre a lógica não devem ser interpretadas como demonstração de adstrição de nossa forma de enxergar o direito ao universo estritamente abstrato-formalista. Tencionamos comprovar na terceira seção desta tese que o advento da informática outorgou uma nova realidade à lógica, transformando-a em algo concreto e palpável. Aliás, o próprio Vilanova não desprezava o conhecimento sociológico, ou psicológico, ou econômico acerca do Direito. A visão dogmática não exaure o universo jurídico, tanto que este autor, sabidamente positivista, apresentava-se contrário aos extremismos do dogmatismo, do sociologismo, do jusnaturalismo e do logicismo, também.¹⁵

Pois bem, esclarecido isso e consciente do risco intelectual que correm os que se enveredam pelos caminhos da lógica,¹⁶ é possível conceituá-la, recorrendo a Souto Maior Borges, como sendo a ciência que estuda as leis ideais do pensamento. Sua origem etimológica radica no grego: *logike, episteme*, significando a ciência do logos.¹⁷ No mesmo

¹⁵ Como observou Ataliba em prefácio de *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 23, comentando pensamento de Lourival Vilanova: “*O reducionismo da norma ao fato (sociologismo), da norma positiva à norma ideal (jusnaturalismo), dos valores e normas às estruturas lógicas (logicismo) é sempre um desconhecimento da experiência integral do Direito*”.

⁹ Bem a propósito, quando da nossa dissertação de mestrado registramos a advertência de Mario Losano, no sentido de que: “*Enfrentar os problemas das relações entre lógica e Direito significa jogar-se num vespeiro de tecnicismos do qual dificilmente o jurista conseguirá escapar ileso*”. LOSANO. *Informática Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 56. O receio do jurista italiano seria comprovado quando Miguel Reale, ao prefaciá-la obra citada, fez o seguinte comentário: “*...Neste sentido muito oportunas me parecem as considerações expendidas sobre o problema da Lógica Formal e da Lógica Dialética, em confronto com a Juscibernética. Estranho apenas que o ilustre autor ainda persevere a reduzir toda dialética à de tipo hegeliano-marxista, olvidando outras expressões não menos significativas do pensamento dialético em nossos dias*”. REALE, apud LOSANO, *ibidem*, p. XIV.

¹⁷ SOUTO MAIOR BORGES, José. *O contraditório no processo judicial (Uma visão dialética)*. São Paulo: Malheiros, 1996, p.18.

sentido Mario Losano atrela a expressão “*lógica*” a “*logos*”, realçando a parte da filosofia que estuda, ao mesmo tempo, discurso e pensamento. Denota-se de imediato a dificuldade existente em tentar definir o que seja a *lógica*, dada a ambivalência que a expressão derivativa (logos) possui. O primeiro passo dos cultores da *lógica* consistiu no enfrentamento do problema referente à linguagem comum para nela introduzir o rigorismo que lhe faltava. Para tanto, dois caminhos apresentavam-se como condutores ao mesmo destino: o primeiro, consistia em permanecer na seara da linguagem comum; o segundo, tentando sair dela.¹⁸ Hegel, por exemplo, denominou de Ciência da Lógica, o “*sistema de leis ontológicas, um conjunto articulado de categorias que expressam os modos de ser da própria realidade*”.¹⁹

Certo é que a *lógica* possibilita a valoração do conhecimento em níveis diferentes, como já demonstrou Castrucci.²⁰ Aliás, já em Kant encontramos uma subdivisão do conhecimento derivada de suas duas principais fontes: a primeira consiste na receptividade das impressões; a segunda na capacidade decorrente da representação da receptividade das impressões e que permite-nos conhecer um dado objeto. Na primeira o objeto do conhecimento nos é *oferecido* e na segunda ele é *pensado* com base naquela representação, de modo que o conhecimento é constituído por *intuições* e *conceitos*.²¹ Neste sentido encontramos em Miguel Reale a admissão de que a valoração do conhecimento pode se dar em planos distintos: o transcendental e o empírico-positivo, embora ressalve que aquele condiciona este. As condições básicas do conhecimento são objeto da parte da *teoria do conhecimento* denominada *ontognoseologia*. Reale arrima-se na correlação indispensável que prioritariamente é posta: “*em sua universalidade, entre o sujeito que conhece e o objeto do conhecimento em geral*”.²² Para ele bem que seria possível denominar a teoria do conhecimento de *lógica*, no entanto, se assim o fizesse estaria empregando a expressão em sua acepção ampla, de maneira a abranger a *lógica* transcendental (*gnoseologia*) e a *lógica* positiva. A palavra *lógica* está vinculada a dois tipos de investigação científica: *lógica formal ou analítica*, com destinação às pesquisas

¹⁸ LOSANO, Mario, op. cit. p. 33.

¹⁹ HEGEL, apud LEFEBVRE, Henri. *Lógica formal/lógica dialética*. Tradução por Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979, p. 49.

²⁰ CASTRUCCI, Benedito. *Introdução à lógica matemática*. São Paulo: Nobel, 1977, p. 10.

²¹ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 88.

²² REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 27.

pertinentes à validade formal das proposições; e *lógica concreta ou metodologia*, afeta às injunções estabelecidas entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscível, constituindo-se num processo explicativo dos variados setores do mundo real. Aquela se revela como atividade abstracionista, esta é empirista.²³

Henri Lefebvre em sua “Lógica Formal/Lógica Dialética”, no capítulo “Teoria do Conhecimento”, considera-o como um fato, ainda que seja possível discutir as possibilidades de expandi-lo, aperfeiçoando-o, ou acelerar o seu progresso. Será sempre, ressalve-se, aceito como um “fato”. Como características, avultam-se: primeiramente a praticidade, isto é, antes de se elevar ao nível teórico deve-se começar pela experiência, pois apenas sua prática notabiliza-se como capaz de pôr-nos em contato com as exigências objetivas; devendo ainda ser social e histórico.²⁴ A idéia de seccionar o conhecimento em empírico e formal é encontrada em Kant, para quem todo o conhecimento tem como ponto de partida a experiência: “Assim, na ordem do tempo, nenhum conhecimento precede em nós a experiência e é com esta que todo o conhecimento tem o seu início”.²⁵ Mas o fato de todo o conhecimento iniciar-se pela experiência, considerada esta enquanto fato concreto, não significa que dela sempre derive, como reconheceu o próprio Kant. É que o nosso próprio conhecimento pode ser considerado como ponto de partida dele mesmo, neste contexto é que se pode falar de conhecimento: 01- a *priori*, ou seja, independente da experiência e de todas as impressões dos sentidos, subdividindo-se em puros e não puros, quando, por exemplo, a proposição embutir um conceito que somente possa extrair-se da experiência, mesmo que afastado dela, e; 02- a *posteriori*, isto é, atrelado ao empirismo.²⁶ Para nós a experiência a ser adiante considerada será o direito sob o aspecto processual, atrelado, portanto, a uma experiência pretérita a qual é representada pela lide, isto é, pelo conflito de interesses que motiva a propositura de uma demanda.

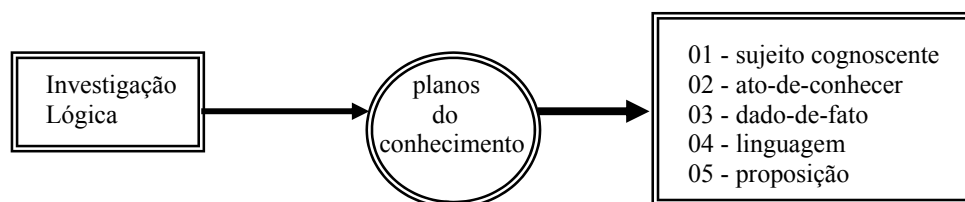
²³ Ibidem. p. 27.

²⁴ LEFEBVRE, op. cit. p. 49.

²⁵ KANT, op. cit. p. 37.

²⁶ Explicando o que se deve entender por conhecimento *a priori*, Kant escreve o seguinte: “...designaremos, doravante, por juízos *a priori*, não aqueles que não dependem desta ou daquela experiência, mas aqueles em que se verifica absoluta independência de toda e qualquer experiência. Dos conhecimentos *a priori*, são puros aqueles em que nada de empírico se mistura. Assim, por exemplo, a proposição, segundo a qual toda a mudança tem uma causa, é uma proposição *a priori*, mas não é pura, porque a mudança é um conceito que só pode extrair-se da experiência”. KANT, op. cit. p. 37.

Aqui, consideremos a lógica como um *ponto de vista* sobre o “conhecimento” da realidade, não importando que seja ela interior ou exterior. Em Vilanova o conhecimento é considerado como um fato complexo que envolve cinco planos ou níveis: no primeiro, temos o *sujeito cognoscente*, que pensa, sente, quer; no segundo, o *ato-de-conhecer*, ou seja, a ocorrência psíquica ou subjetiva; no terceiro, encontramos o *dado-de-fato*, objeto do conhecimento; no quarto plano lidamos com a *linguagem*, que fixa e comunica o conhecimento, mas lógica e linguagem constituem sistemas distintos e autônomos; no quinto estaremos diante da *proposição*. Este último é o nível mais importante do conhecimento, que somente adquirirá sua plenitude no nível proposicional. Será por meio de uma proposição que se declarará que o *conceito-predicado* é válido para o *conceito-sujeito*.²⁷ A investigação lógica, portanto, perfaz-se da seguinte maneira:



Pois bem, como se vê existem cinco planos ou níveis no conhecimento e sua integralidade somente ocorrerá abrangendo-se a todos eles, porque o conhecimento é considerado um fato complexo e cada plano ou nível corresponde a um seu componente, a um seu aspecto, a uma abstração, apenas. Como estes componentes estão sempre intimamente relacionados só haverá conhecimento integral na medida em que o ato-de-conhecer abranger a todos os níveis.

Apesar de o conhecimento ser tido como um fato complexo - abrangendo a todos aqueles cinco níveis - nada impede que se isole um daqueles componentes e sobre ele incida a operação científica proposicional. Assim, é possível que o conhecimento fique restrito, seja “cortado”, isolado e volvido apenas para o sujeito cognoscente, ou para o *dado-de-fato*, exemplificativamente. A isto se denomina de isolamento temático. Logo, pode apenas o *proposicional* do conhecimento ser o tema do conhecimento em si.

²⁷ VILANOVA, Lourival. *Lógica jurídica*. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 15-7. No mesmo sentido vide *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. p. 37-8.

Prescindir-se-á de uma ou algumas partes do conhecimento e operar-se-á através de abstração, isto é, de uma separação de níveis, pois que o prefixo ab indica exatamente o ato de separar.

Mas a abstração lógica não se confunde com as demais espécies de abstrações. Pode ser que se resolva efetuar uma abstração que se quede ao nível físico, tomando-se o exemplo de Vilanova: pode-se tomar um livro, enquanto objeto físico, e, separadamente, considerar-se sua cor, sua textura, etc. Isto, apesar de constituir uma abstração, uma separação, todavia, não indica que se trate de uma *forma lógica*. É que a proposição lógica, as formas lógicas – e aí se restrinja a expressão *lógica* apenas ao sentido de *lógica formal* – não se confundem nem se localizam no mesmo universo ontológico da linguagem. Não há referência ao concreto e nem a um estado psíquico porque a proposição acerca de determinado objeto do mundo do ser nada tem de suas propriedades.²⁸

A proposição lógico-formal encontra-se na seara do *universo das formas lógicas*. Nelas temos um sistema autônomo, onde existem partes e relações ditas invariáveis entre elas e onde os seus elementos são estruturalmente combinados.

3. As formas lógicas e o uso da linguagem: *símbolos-de-variáveis e símbolos-de-constantes.*

Chega-se à forma lógica substituindo os termos de significação de uma estrutura por termos sem significação específica. Desconsideram-se objetos e suas propriedades específicas. Exemplificativamente, quando se afirma que um livro é verde – exemplo utilizado por Lourival Vilanova --, numa estrutura proposicional-lógica, não há preocupação com o *ser-verde*, ou de alguma propriedade física sua. Não se busca nada no mundo físico dos objetos, nem mesmo de objetos não físicos, ou seja, nem mesmo de

²⁸ VILANOVA, Lourival. *Lógica jurídica*, p. 20.

objetos ideais.²⁹ Então, o domínio das formas lógicas define-se pela formalização do que será designado numa proposição lógica. Esta tem uma estrutura interna cuja composição é desvinculada das leis empíricas, posto que obedecem a leis formais. Isto comprova que há um domínio próprio da lógica.³⁰

Entretanto, quando se faz uso da lógica para descrever uma realidade não há como não se utilizar a linguagem, que, por sua vez, é saturada de significações, conceitos e sentidos, todos dirigidos ao mundo dos objetos. Dentre as diversas características que a linguagem apresenta em sua formalização, ressaltam a descritiva e a normativa. E é nesta diferença que se fundamenta a distinção entre *lógica alética* e *lógica deôntica*. Ao tentar transcender os albos da linguagem comum defrontamo-nos com a *lógica simbólica*, que, a seu turno, diferencia-se da *lógica clássica*. Quando a linguagem simbólica é usada para descrever determinada realidade, estabelece-se a polêmica entre *lógica formal* e *lógica dialética*. Esta derivou de estudos críticos centrados na assertiva de que a *lógica formal* não seria capaz de descrever a realidade de maneira exaustiva. Foi daí que nasceram as *lógicas* com mais de dois valores, no intento de aproximar a descrição da realidade de forma correta sem renúncia à precisão essencial da formalização.³¹

Mas mesmo recorrendo-se à linguagem o sistema lógico não se confunde com o da linguagem. Naquele, o conjunto de símbolos lingüísticos utilizados, diferentemente do sistema da linguagem, não mantém qualquer referência sobre coisa ou objeto qualquer. A lógica, por um lado, elimina a linguagem natural com toda sua vinculação cultural, mas, por outro, necessita da linguagem. De uma linguagem que reduza sua vinculação idiomática de variedade de referências a determinados objetos, e que se constitua numa estrutura onde seus elementos sejam apenas “*entes lógicos*”. Necessariamente numa estrutura lógica deve-se ter um sujeito qualquer; um predicado qualquer; e um conectivo que realize as relações entre estes termos formais. Aqui é possível em substituição a: “*O processo relação jurídica*”, dizer: “*existe um X tal que tem a propriedade F*”. E para afastar-se ainda mais da linguagem natural Vilanova cria a seguinte notação lógica: “*Ex f (x)*”. Ao criá-la totalmente desvinculada da linguagem natural e de qualquer designação prévia de tais

²⁹ Ibidem. p. 20-1.

³⁰ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*, p. 42-3.

³¹ LOSANO. op. cit. p. 56 e segs.

símbolos, do sujeito que a emite, do seu estado psicológico e do objeto particularizado, esteja ele no sítio da física, da matemática, da biologia, etc, atinge-se, enfim, uma *forma lógica*.³²

E a *estrutura* da forma lógica reduz-se a símbolos: *símbolos-de-variáveis*, que são substituíveis por valores diferentes, ou seja, diferem das constantes porque não têm função fixa; e *símbolos-de-constantes*, cuja função é operatória, ou seja, quantificar sujeito e predicado e, também, relacionar variáveis de sujeito com variáveis de predicado. Dessa forma, na notação “*O processo é relação jurídica*”, tem-se que *o processo* designa o sujeito, e, *relação jurídica* o predicado, e, o *é* se constitui no operador, ou seja, é um termo formal, no caso apofântico.³³

4. A relação lógica e a relação fática: relação implicacional e o processo de formalização e de generalização.

A relação lógica em nada se relaciona com a relação fática, isto é, causa e efeito fáticos são diferentes da causa e efeito lógicos. A relação lógica é *relação implicacional*. Isto quer dizer que o antecedente numa proposição lógica é uma mera proposição funcional referente à outra proposição, o antecedente lógico é uma questão sintática. Também difere a relação lógica da relação fática porque a primeira é atemporal, ao passo que a segunda é temporal. A relação lógica não obedece a nenhuma ordem de sucessividade causal objetiva ocorrente no mundo do ser. Ela ocorre entre entes lógicos de tal forma que a relação entre uma premissa e sua conclusão não está associada ao mundo real. Quando se diz que um fato social implica em outro processo social, isso somente é admissível na medida em que se transpõem as formas lógicas para o mundo que se deposita a matéria do conhecimento. Nesse caso é o mundo dos fatos que serve de “matéria” para as formas lógicas. Tomando-se como paradigma uma forma apofântica que diga: “S é P”, e se

³² VILANOVA, Lourival. *Lógica jurídica*, p. 26.

³³ Ibidem., p. 28. Sendo certo que Vilanova não recorreu ao exemplo do processo e da relação jurídica.

quisermos relacioná-la com o mundo fático, podemos associar qualquer coisa a “S”, bem como qualquer propriedade pode ocupar o lugar de “P”.³⁴ Isso nos permite desenvolver um sistema lógico-processual, pois quando admitimos que um ato processual implica (acarreta) noutro ato processual estamos transpondo uma forma lógica para o mundo processual, reduzindo o grau de arbitrariedade lógica, pois agora já não mais se pode associar “S” ou “P” a qualquer coisa, mas apenas a *coisas processuais*.

As relações lógicas se dão num ambiente autônomo, num sistema independente de maneira que nenhuma linguagem natural é capaz de destruir uma composição lógica formal. Quando se põem dois termos condicionantes de um terceiro, p. ex: “*Se todo M é P e todo S é M, todo S é P*”, não há meio de a linguagem natural desfazer essa composição formal com o escopo de torná-la “não válida”. Essa forma lógica é pura e *apriori* do tipo kantiana, desconsidera qualquer objeto a que pode dirigir-se. Tanto isto é verdade que em certa ocasião Bertrand Russell e Émile Borel proferiram assertivas acerca da matemática e da verdade, onde o primeiro prolatara que nesta ciência, não se pode saber do que se fala, bem como se o que se fala é, ou não, verdade. O segundo, por sua vez, afirmou que a matemática é a única ciência onde se sabe o que se fala, e mais: nela, o que se diz é verdade.³⁵ Apesar disso é possível que ambos tenham razão se: quanto à primeira assertiva, considerarmos apenas o mundo real, físico e na segunda ficarmos restritos à verdade matemática. Num sistema axiomático as palavras são despidas de qualquer conteúdo, de maneira que, abstratamente, as asserções serão verdadeiras como consequência dos respectivos axiomas. No mundo real ao contrário, nada se pode afirmar sobre a verdade dos resultados. Deveras, experimentalmente falando, a razão está com Russell, entretanto, no mundo teórico dos axiomas ela está com Borel.³⁶

Para explicar esta questão, Castrucci recorre ao exemplo da construção axiomática *euclidiana*, para concluir que a soma das medições de um triângulo é 180°. No

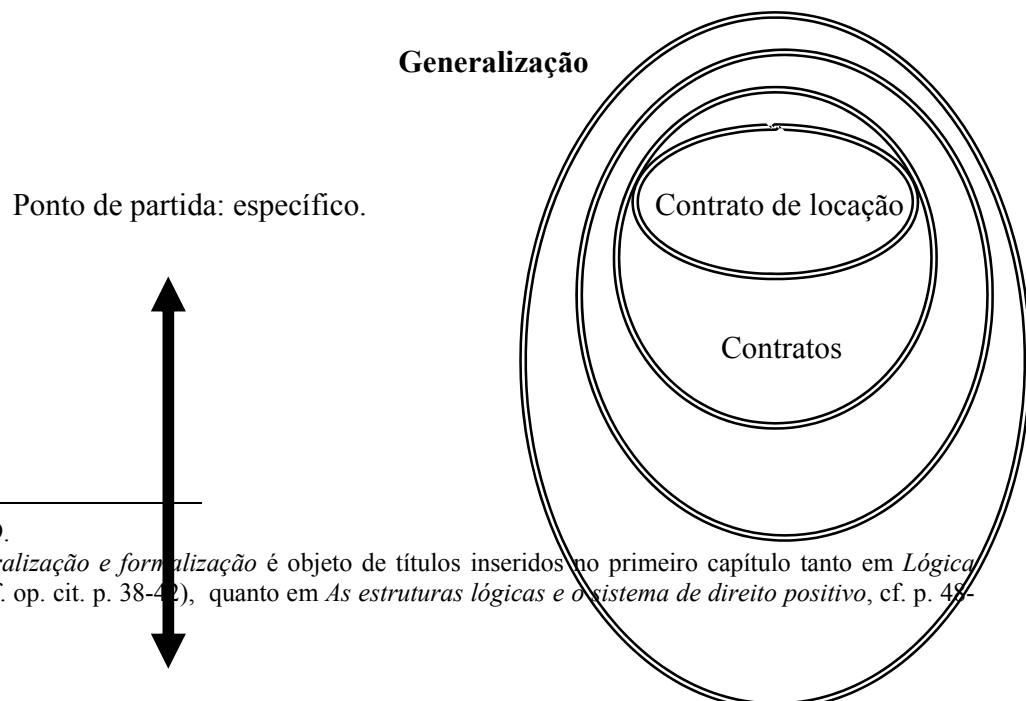
Interessante anotar que Lourival Vilanova quando comenta o realismo lógico de Hegel, que diz que todo real é racional e, por isso, pode ser expresso no logos (fala-se num logos encarnado), afirma que tal se constitui em algo extra-lógico ou meta-lógico. Estaremos assim no plano da lógica transcendental e não no da lógica formal. Para Lourival a lógica transcendental está inserta na teoria do conhecimento, não é, pois, uma teoria formal como a lógica que ele trabalha. Confira-se. Ibidem., p. 32.

³⁵ CASTRUCCHI, Benedito, op. cit. p. 09.

³⁶ Ibidem. p. 09.

entanto, pela geometria de Lobatshevski a soma das mesmas medições implica num resultado menor. Apesar desta divergência, não se pode saber, experimentalmente falando, o que realmente acontece com a soma daquelas medições angulares, pois que a soma dos ângulos de um triângulo já construído, o qual difere da concepção abstrata, pode redundar em 180° , mas também é factível que o somatório ultrapasse ou fique a quem deste patamar. Com isto é lícito afirmar que ambas as asserções geométricas são corretas, porque estão construídas em edifícios axiomáticos distintos.³⁷

É por isso que o proposicional não se presta para uma definição da realidade jurídica, para esta o método adequado é mesmo o da generalização. Por esta razão quando Vilanova trata do problema da Teoria Geral do Direito, diz que somente é possível chegar-se a uma teoria válida para todos os ramos das diversas ciências dogmáticas se a operação mental atuar através do método da **generalização**. Assim, parte-se, exemplificativamente, de uma relação de locação específica (termo individualizado) para o geral. Então se verifica que a relação locatícia insere-se no gênero ‘relação contratual’. Generalizando ainda mais, vê-se que a relação contratual, que envolve e abrange a locatícia, insere-se no gênero Direito Civil. Este, por sua vez, conecta-se com os demais ramos do Direito dogmático e, assim, através da generalização, atinge-se uma teoria do direito válida para qualquer sub-ramo, eis que as relações de causalidade de todos os ramos do Direito obedecem aos mesmos princípios. Este pensamento pode ser representado com o seguinte esquema:³⁸



³⁷ Ibidem. p. 09.

³⁸ O tema *generalização e formalização* é objeto de títulos inseridos no primeiro capítulo tanto em *Lógica jurídica*, (cf. op. cit. p. 38-42), quanto em *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*, cf. p. 48-51.

Direito Civil

Direito

Ponto de chegada: geral.

A dupla seta indica a simetria que Vilanova afirma existir entre estes dois planos.

Esta generalização, que é o *savoir faire* de uma Teoria Geral do Direito, não se compatibiliza com as formas lógicas, posto que se situam em universos distintos. A generalização nas relações lógicas não consegue exorbitar o mundo onde se encontram os objetos designados nas proposições. Uma tentativa de generalização lógica parte de uma proposição particular para uma geral. Uma proposição pode individualizar um fato singular, como diz Vilanova: “Este livro é verde”, esta proposição é singular. Todavia, pode-se formar conjunções de proposições singulares para chegar-se a forma geral: “todos os livros são verdes”. Mas ainda assim continua-se no domínio dos objetos verdes sem poder-se ultrapassá-lo. É que aqui se segue o caminho indutivo, caso a caso, e assim não se alcança o formal lógico porque os enunciados gerais que se atingem são válidos apenas para os conjuntos materiais pelo fato de as proposições encontrarem-se saturadas de significado real (objetos verdes). A forma lógica, pois, somente se atinge através da ‘formalização’. A ‘generalização’ é adequada para uma TGD, não para as estruturas lógicas. Isso ocorre porque se generalizando, partindo-se do indutivo, caso a caso, atingir-se-ão enunciados gerais acerca da propriedade de uma coisa. Tais enunciados gerais, apesar de serem válidos para um determinado conjunto de coisas, não alcançam a forma lógica porque se quedam saturados de conteúdo material. Ao passo que a formalização faz-se através do uso de uma simbologia não pertencente à linguagem natural e que não possui nenhuma referência objetiva à coisa ou objeto real. Neste diapasão a proposição: “Todos os S são P”, é uma forma lógica que pode ser preenchida por qualquer conteúdo. A estrutura formal fixa se constitui pelos elementos “Todos” e “são”. Inolvide-se que uma estrutura lógica contém símbolos fixos e símbolos variáveis e estes são os que lhe permitem variabilidade de preenchimento material, pois se pode perfeitamente preencher “S” e “P” pelo que for

imaginável. Veja-se que realmente a linguagem natural não faz parte do sistema lógico já que dela pode-se prescindir, eis que a importância gramatical não se confunde com a relevância lógica. Quando se formaliza uma proposição utiliza-se algoritmos e o conteúdo destes é variável.³⁹

5. Lógica material, lógica jurídica e metodologia jurídica.

Na época clássica a lógica arcaica era, de acordo com Ferrater Mora, embebida na ontologia, que, por sua vez, baseava-se na noção de logos. Neste contexto a lógica consistia numa forma de *dizer* e descrever as estruturas do real. Embora não seja correto pensar que a lógica arcaica fosse apenas um exercício metafísico ou ontológico, pois já em Parmênides vislumbrava-se a lei lógica da identidade, em sentido proposicional rigoroso deve-se descartar concepção de uma lógica material.⁴⁰ É que o *material*, o concreto de que se serve a lógica, não deixa de ser *formal*: “No campo da lógica tudo é formal”, diz Vilanova esclarecendo que, nada obstante isto, todo ponto de partida do conhecimento está no mundo existencial.⁴¹ O corte que é feito entre o mundo real e o concreto é apenas uma renúncia momentânea e metodológica, pois o interesse pelo mundo real é sempre retomado porque é nele que se encontra o sujeito cognoscente. Neste contexto a lógica material é definida como uma função pragmática e semântica da própria lógica.⁴²

Segundo Kant as ‘formas lógicas’ são *apriori*, isto é, independentes da experiência.⁴³ A lógica jamais poderia ser órgão de ciência porque não conhece o objeto de cada ciência, apenas oferta critérios formais de verdade. Para bem situar a lógica no plano

³⁹ VILANOVA, Lourival. *Lógica jurídica*, p. 38-9. O assunto é retomado pelo autor em *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*, p. 43-7. Na página 43 está dito que a experiência lógica é baseada em atos de experiência dos entes físicos “como símbolos (da linguagem natural, ou da linguagem tecnicamente construída) que remetem às várias formas de significação”.

⁴⁰ MORA, Ferrater, *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Loyola, 2001, tomo 3, p. 1776.

⁴¹ Ressaltando a distinção entre lógica material e positiva veja-se REALE, Miguel, op. cit. p. 27. E vinculando os juízos lógicos à realidade consulte-se LEFEBVRE, op. cit. p. 49.

⁴² VILANOVA, Lourival. *Lógica jurídica*, p. 60.

⁴³ Usa-se aí a expressão latina *apriori* em seu sentido correto (como em Kant: algo independente da experiência) e não no sentido equivocado (= a princípio, antes).

do conhecimento deve-se estabelecer que o ponto de partida de toda ciência empírica reside na experiência dos fatos. Ao passo que o ponto de partida da lógica está na linguagem científica. Na medida em que a lógica “parte” da ciência ela não tenciona incidir sobre os objetos próprios de cada ciência. De maneira que tanto a lógica aristotélica quanto a lógica simbólica são sempre formais e, também, sempre posteriores à reflexão material metodológica proferida com base nos fatos.⁴⁴

A lógica, por outro lado, pode servir como instrumento metodológico-científico, na medida em que pode ser aplicada ao mundo dos fatos. Isto, no entanto, conduz a uma lógica não formal e nesse caso do que se trata é de uma *metodologia*.⁴⁵ Embora Vilanova considere um equívoco denominar-se de lógica a metodologia, com fulcro em Jean Piaget, ele obtempera que a metodologia é tarefa dos cientistas de cada uma das áreas específicas do conhecimento, somente eles estariam aptos a investigar o seu campo científico particular. Para Piaget a metodologia não faz parte da lógica e não há nada mais equivocado que o termo *lógica aplicada*.⁴⁶

Para distinguir a lógica da metodologia, Vilanova, inteligentemente, diz que cada campo científico tem um método próprio, assim o método matemático não é eficaz para aplicar-se à psicologia, nem, tampouco, aos fatos históricos sociais. Cada ramo científico, então, detém o seu método específico. Lógica não é metodologia porque suas proposições são aplicáveis para qualquer ramo do conhecimento humano, já que não se relacionam com o mundo dos fatos. Uma proposição lógica serve tanto para descrever um fenômeno matemático quanto para um fenômeno jurídico, ou sociológico, ou econômico. A metodologia encontra-se localizada no sítio interior de cada ramo científico, ao passo que a lógica está *sobre* qualquer um desses ramos.⁴⁷

⁴⁴ VILANOVA, Lourival. *Lógica jurídica*, p. 60-5.

⁴⁵ Em *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*, o assunto é tratado na p. 62-5.

⁴⁶ Apud VILANOVA, Lourival. *Lógica jurídica*, p. 66. Citação retirada da obra *Traité de logique, essai de logistique opératoire*. PIAGET, Jean, na qual este autor consigna: “... la méthodologie ne fait partie de la logique et rien n'est plus équivoquée que le terme logique appliquée”. Traduzimos da seguinte maneira a expressão entre aspas: “...a metodologia não faz parte da lógica e nada é mais equivocado que o termo *lógica aplicada*”.

⁴⁷ VILANOVA, Lourival. *Lógica jurídica*, p. 68.

Considerando isto a lógica jurídica deve ser considerada como uma metodologia da ciência do Direito, pois requer injunções mentais específicas a esse campo do saber, ou seja, incide a partir do ponto inicial do ordenamento jurídico positivo. Onde se conclui que quando se fala de lógica jurídica não é de lógica formal do que se cogita, mas de *metodologia* jurídica, de lógica aplicada.⁴⁸

6. Lógica e logicismos jurídicos: contradições normativas e a superação de um óbice kelseniano no CPC.

A *lógica formal* tem por objeto o estudo das estruturas formais do conhecimento, isto é, do ‘pensamento sem conteúdo’, seus signos e formas expressionalis. O estudo dos processos disciplinadores do real escapa às pretensões da *lógica formal*, interessando, porém, à *metodologia*. Juntas, ambas constituem a *lógica positiva*, que, de acordo com Reale, subordina-se a *ontognoseologia*.⁴⁹ Tem sido opinião constante entre os lógicos do direito que a lógica que o direito requer é do tipo deôntica. O ponto de partida da lógica deôntica está num trabalho intitulado *An Essay in Modal Logic*, produzido em 1951, por Von Wright, para quem a lógica jurídica queda-se circunscrita à seara da lógica deôntica. Isso quer dizer que ela é um segmento da lógica normativa, que pode ser moral, religiosa, etc. Vilanova não concebe a lógica jurídica como mera lógica geral aplicada à experiência jurídica, nem como lógica formal com exemplos jurídicos. Não! Há uma *forma jurídica* que abrange, em suas estruturas formais a proposição jurídica e o sistema de proposições jurídicas. Lógica jurídica é a formalização da linguagem jurídica, com realce que o dever-ser jurídico não é metafísico, mas sim conceito relacionante referente aos modos deônticos: proibido, obrigatório e permitido. O dever-ser não se encontra no mundo dos fenômenos, não são, devem ser.⁵⁰

⁴⁸ Ibidem. p. 72-3.

⁴⁹ REALE, Miguel. op. cit. p. 28.

⁵⁰ Vide prefácio de Geraldo Ataliba em *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*, p. 19-21. Este tema é retomado por Vilanova na mesma obra na p. 63.

A lógica jurídica depende da existência da linguagem jurídica, eis que é a linguagem que apõe significados semânticos nos termos jurídicos. Mas não se deve confundir a gramática que produz as normas jurídicas com a da lógica jurídica. A experiência jurídica possui uma lógica própria que não pode ser concebida como espécie do gênero lógica formal geral. Quem sustenta isso é Hans Kelsen porque na sua opinião o sistema jurídico possui contradições normativas. É que existem normas ao mesmo tempo válidas, porém contraditórias. Mas note-se que se existe na lógica formal o princípio da não contradição, pelo qual duas proposições não podem, ao mesmo tempo, ser verdadeiras e falsas, na lógica deôntica também duas proposições não podem, ao mesmo tempo, ser válidas e não-válidas.

Com efeito, as leis (proposições) lógicas não podem revogar as leis (proposições) normativas⁵¹ pelo fato de estarem situadas em sistemas diferentes. De maneira que, a bem da verdade, na opinião de Vilanova não há aquele conflito suscitado por Kelsen (existência de contradições normativas e, ao mesmo tempo válidas, no interior do sistema jurídico), pois as proposições lógicas e as jurídicas não se entrecruzam. Então o princípio da não contradição, que é lei na lógica formal geral, resta suspenso, ao menos parcialmente, em relação ao sistema lógico jurídico, em face de o sistema lógico e o sistema de Direito positivo serem sistemas diversos e não relacionados diretamente.⁵²

Note-se que as elucubrações retro expendidas referiram-se a normas contraditórias válidas e não de contradição entre normas válida e nula. Neste caso não há qualquer ferimento ao princípio lógico da não contradição, ante o fato de a norma nula ser norma inexistente.⁵³

Exemplo de contradição normativa convalidado pela doutrina e jurisprudência encontramos no código de processo civil. Os artigos 106 e 219 do CPC estão em franca contradição, porém ambas as normas possuem validade sistemática. O artigo 106 diz que se

⁵¹ Menos ainda poderia revogar leis, no sentido de normas jurídicas.

⁵² VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*, p. 26-30.

⁵³ Isto Vilanova afirma baseado em Marshal, de quem transcreve: "*Part of any fact is the language in which it is enunciated; it is not a fact until it is expressed*". Assim pode ser traduzida a expressão extraída de *Language and Reality*: "*Parte de qualquer fato é a linguagem na qual é enunciado; não é um fato até que é expressado*".

considera prevento aquele que **despachar** em primeiro lugar. Já o artigo 219 diz que a **citação** é que é o ato processual que torna prevento o juízo. Então a doutrina e a jurisprudência em atitude conciliatória estipularam que o artigo 106 trata de competência de juízo, ou seja, somente é aplicável nos casos de os juízes estarem na mesma base territorial. Ao passo que o artigo 219 trata de competência de foro, isto é, só tem aplicação quando os juízes, possivelmente preventos, estiverem em bases territoriais diferentes. O que foi feito aqui, talvez sem a consciência disso, foi uma lei deôntica não excludente de uma daquelas normas processuais que possibilita que duas normas contraditórias continuem a ter validade: típico logicismo, no sentido de Lourival Vilanova.

7. Silogismo, lógica formal, lógica simbólica, linguagem humana e a lógica que o direito cibernético requer.

Na *lógica formal* o que realmente tem importância é a consequência severa das proposições entre si, não importando a relação de correspondência entre suas elocuições e objetos designados. Não desperta interesse a funcionalidade do pensamento em relação ao real, importando, porém, o rigor proposicional-abstrato do ato de pensar em si mesmo.⁵⁴ Foi do estudo do discurso pelos Sofistas e do raciocínio por parte de Platão, que fora aberto o caminho para Aristóteles criar o **silogismo**, primeiro instrumento de análise formal do discernimento comum, o qual, segundo este filósofo, consiste no raciocínio concludente, onde: “*postas algumas coisas, outras derivam necessariamente*”.⁵⁵ Para compreender o que significa a estrutura do **silogismo**, não se pode prescindir da noção aristotélica de **substância**, “*aquilo que há de permanente nas coisas que mudam, e que é o suporte sempre idêntico das sucessivas qualidades resultantes das transformações*”.⁵⁶ No

⁵⁴ REALE. op. cit., p. 29.

⁵⁵ ARISTÓTELES, ap. LOSANO, op. cit. p. 35.

⁵⁶ AURÉLIO, *Dicionário eletrônico*.

silogismo a substância está contida em seu termo médio.⁵⁷ Analisemos o clássico exemplo de Aristóteles:

*“Todos os homens são animais (sujeito)
Todos os animais são mortais (termo médio - substância)
Logo, todos os homens são mortais (conclusão).*

O termo médio exprime sempre a “substância”, no caso a mortalidade do animal. É o elemento estruturador do silogismo mais importante, porque é com arrimo nele que as demais figuras silogísticas são determinadas, a exemplo da condição de mortandade humana. Até o advento da moderna *lógica simbólica*, o silogismo era considerado a parte central da *lógica*. Diferentemente do silogismo aristotélico, que se ocupava apenas de duas premissas, a *lógica* moderna lida com raciocínios mais amplos, atribuindo-se ao silogismo a condição de etapa de arranque das pesquisas e do desenvolvimento hodierno da *lógica*.

A *lógica formal* nasceu do silogismo, para Aristóteles os fatos concretos deveriam ser reproduzidos por palavras extraídas da linguagem comum, ao passo que na linguagem algébrica os signos não eram mais dela retirados, eram criados com o escopo de tornar ainda mais rigoroso o discurso formal. Foi daí que surgiu a necessidade de estruturar uma álgebra para a *lógica*, na verdade a criação de uma nova linguagem que evitasse exprimir-se com diversidades, mas fizesse uso de isomorfismos. Na álgebra *isomorfismo* significa a correspondência biunívoca entre os elementos de dois grupos. Por biunívoca entenda-se a relação entre dois conjuntos em que a cada elemento do primeiro corresponde apenas um elemento do segundo, e vice-versa.⁵⁸

Já vimos no item 03 deste capítulo, que é possível distinguir duas espécies de *lógica*: a **clássica** que teve como mentor Aristóteles, baseada no silogismo e numa linguagem que usava como signos as próprias palavras com seus respectivos significados; e a *lógica simbólica*, estruturada numa linguagem própria e diferenciada da linguagem comum. A *lógica simbólica* é bastante utilizada pela informática porque evita as ambigüidades comuns à linguagem humana. As palavras usadas na linguagem humana não

⁵⁷ LOSANO. op. cit. p. 35.

⁵⁸ Ibidem. p. 35.

são dotadas de um rigorismo capaz de constituir um discurso unívoco. É neste aspecto que o *cálculo sentencial* - parte da *lógica simbólica* que visa transformar a linguagem humana equívoca numa linguagem uníssonas - vai purificar as informações para que possam ser processadas da melhor forma possível. As frases da linguagem humana apenas constituem objeto de estudo do cálculo sentencial enquanto puderem ser consideradas como verdadeiras ou falsas, sem que isso represente óbice à transposição de proposições deônticas.

Tendo como ponto de partida a linguagem humana, pode-se com o auxílio da *lógica simbólica* construir um alfabeto próprio para ser lido, entendido e processado pelo computador. A linguagem humana falada liga-se ao aparelho auditivo e à parte do cérebro em contato permanente com o ouvido interno, representando a máquina relacionada com o circuito fonético da linguagem, onde o aparelho de recepção semântica, ao receber impulsos comunicativos, não traslada palavra por palavra, mas idéia por idéia. Seria este mecanismo, denominado por Wiener de *nível de comportamento de linguagem*, que corresponde ao sistema codificado e simbólico traduzindo-se na linguagem falada ou escrita. Assim, as associações executadas pela máquina de maneira idêntica às realizadas pelo cérebro humano têm de ser fundamentadas em deliberações pretéritas porque o transporte ou não de um impulso, tanto pelo aparelho computacional quanto pelo sistema nervoso, objetivando decisões futuras, é feito com base em experiências passadas.

8. Lógica simbólica enquanto gênero da *lógica formal*:

Aristóteles e a pura forma.

Nada obstante a *lógica* simbólica ter logrado seu estabelecimento como sendo um desenvolvimento da *lógica formal*, assim como a identificação entre ambas poder ser justificada e explicada pelo fato de a perquirição formal a despeito da exatidão do discurso ter sido monopolizada pela *lógica* simbólica, o uso sinonímico das expressões: *lógica formal* e *lógica* simbólica, embora não se constitua num erro, traduz uma imprecisão que

deve ser evitada. O relacionamento existente entre elas reside no fato de ser a *lógica formal* o gênero ao qual pertence, como espécie, a simbólica. A silogística aristotélica, por seu turno, deve ser considerada como uma operação mental enquadrada na *lógica formal*.⁵⁹

Apesar de Aristóteles também ter feito uso de uma linguagem simbólica, utilizando-se inclusive de notações algorítmicas como vocabulário para representar as formas lógicas. A lógica formal é indiscutivelmente simbólica, pois, como argumenta Reale, tem por objeto de estudo as estruturas formais do pensamento que se expressam através de signos, ou seja, símbolos. A lógica simbólica por sua vez é também formal à proporção que a determinação da formalização do discurso foi por ela monopolizada. Na forma original pensada por Aristóteles em seu “Primeiros Analíticos”, ele percebeu agudamente onde estava a forma lógica, ao retratá-la na seguinte fórmula:

*“Se A pertence a todo B
se B pertence a todo C
então, A pertence a todo C”.*⁶⁰

Para reter a pura forma Aristóteles valeu-se de símbolos-de-variáveis, livrando-se de tudo que fosse extra-lógico para expressar o silogismo numa tríplice relação na qual o termo menor e o médio estejam contidos na totalidade do maior.⁶¹ Foi com esta linguagem que este filósofo nascido há 384 anos A.C., na cidade de Estagira na Macedônia, atingiu o formalismo lógico, ou seja, a lógica como teoria formal. Aristóteles para chegar ao silogismo fez, efetivamente, uso de uma linguagem simbólica. Mais ainda, somente conseguiu reter a “pura forma” utilizando-se precisamente de símbolos, empregando inclusive notações algorítmicas que serviam de linguagem às formas lógicas. Na defesa de que o silogismo aristotélico era simbólico, Vilanova comprova que Aristóteles chegou ao formalismo lógico com a recorrência a uma linguagem simbólica, e mesmo que esta

⁵⁹ Ibidem. p. 37 e 38.

⁶⁰ ARISTÓTELES, ap. VILANOVA. *Lógica jurídica*, p. 35.

⁶¹ “Sempre que três termos estejam entre si em relações tais que o menor esteja contido na totalidade do maior e o médio na totalidade do maior, então há necessariamente entre os extremos silogismo perfeito”. ARISTÓTELES, ap. VILANOVA. *Lógica jurídica*, p. 36.

alcançasse apenas as variáveis de objeto e de predicado tratava-se de notação autônoma procedida com letras.⁶²

E neste sentido pode-se saber formalmente, independentemente de qualquer correlação ou vinculação dos conteúdos fático-reais com os respectivos símbolos, que numa relação de inclusão:

*“se p implica q e q implica r , então p implica r ”.*⁶³

Ornando uma ilação entre o silogismo aristotélico e a maneira de o *hardware* executar suas funções, afirmamos, sem receio, que o raciocínio do computador enquadra-se com perfeição neste encadeamento lógico de juízos: é do tipo aristotélico-silogístico.

9. Lógica formal e lógica dialética: os princípios da contradição, da identidade e do terceiro excluído. As posições de Knapp, Hegel, Marx e Lefebvre.

O fato de a atenção da *lógica formal* voltar-se para fenômenos que se examinam sob um prisma estático fez vicejar, em seu desfavor, a crítica no sentido de que sendo a realidade indiscutivelmente dinâmica e constituída pela união dos contrários, não poderia, por seu intermédio, ser bem representada em razão do “*princípio da contradição*”, pelo qual uma proposição não pode ser ao mesmo tempo verdadeira e falsa. Assim, uma lógica que pretendesse retratar mais precisamente o mundo real deveria preocupar-se com a evolução fática dos fenômenos que descreve.

A lógica formal arrima-se, ainda, em mais dois princípios: o da identidade: se uma idéia é verdadeira é verdadeira; e o do terceiro excluído pelo qual uma idéia ou é

⁶² “... também com o uso de uma linguagem simbólica. Certo que seu simbolismo alcançava apenas as variáveis-de-objeto e variáveis-de-predicado (termos). Simbolizava, em notação autônoma, com letras, entidades e propriedades quaisquer. (...) Se não estendeu o simbolismo às constantes lógicas (“não”, “e”, “ou” e inclusive o “é” apofântico), nem por isso deixou de utilizar uma notação algorítmica para servir de linguagem às formas lógicas”. VILANOVA. *Lógica jurídica*, p. 37 e 38. Apofântico, segundo Aristóteles, diz-se de enunciados verbais suscetíveis de serem falsos ou verdadeiros, i. e., dos juízos de atribuição de um predicado a um sujeito. Citação extraída de AURÉLIO, *Dicionário eletrônico*.

⁶³ Ibidem.

verdadeira ou é falsa. Viktor Knapp afirma que o problema central na questão do uso da lógica à Cibernética, centra-se nas diferenças substanciais que separam a lógica formal da lógica *dialética*. A *lógica* formal apóia-se no princípio da identidade abstrata, que supõe a invariabilidade dos fenômenos objeto do conhecimento, a *lógica dialética*, ao contrário, sem prescindir das regras da *lógica formal*, confronta continuamente as formas abstratas próprias do pensar com a realidade objetiva, considerando a evolução dos fenômenos captados pelo conhecimento, partindo da infinitude de seus aspectos. Knapp conclui que uma máquina cibernética não abrange na íntegra o pensamento jurídico em sua complexa dialética, mas nada obstante isto poderá fazê-lo sempre que as relações submetidas à sua análise sejam-lhe acessíveis.⁶⁴

As críticas contra a lógica formal surgiram por volta do ano de 1946, na Polônia, tendo como autor Adam Schaff. Posteriormente, replicando as malsinações que se perfilhavam contra a *lógica formal*, Kasimierz Ajdukiewicz, em 1948, publicara um artigo demonstrando o desacerto dos ataques contra o princípio da contradição. Para este filósofo, não se deve confundir o conceito de **mudança** com o de **contradição**, esclarecendo que a *lógica formal* tinha por objeto a descrição de fenômenos e não de sua evolução real, que constituía, este sim, o objeto da *lógica dialética*.

A dialética tem em Hegel seu idealizador mor, ele identifica o real com o racional, ofertando ao mesmo tempo a dinâmica do pensamento e da realidade, de acordo com leis que lhes são próprias, de maneira que o evoluir do raciocínio traria em si mesmo aquilo que estivesse contido na experiência, chegando a confundir-se com ela. O desenrolar deste pensamento dá-se através de três fases, as quais Hegel denominou de *tese*, *antítese* e *síntese*, que são sinônimo de: posição, contraposição e conciliação, respectivamente. Do embate dos opostos surge a conciliação (síntese), que, os integrando em si, os supera ao mesmo tempo em que os nega e, dessa negação, dinamiza-se o processo trifásico.⁶⁵ Nenhum fenômeno jurídico representa tão bem a dialética quanto o processo, nele

⁶⁴ Segundo Knapp: "... *entièrement la pensée juridique dans sa dialectique complexe; elle est néanmoins capable de le faire dans la mesure où les relations soumises à l'analyse peuvent lui être rendues accesibles, eu égard au degré d'abstraction de leur représentation, par un nombre fini de formules logico-mathématiques finies*". KNAPP, ap. LUÑO. *Cibernética, informática y derecho : un análisis metológico*. Bolonha: Real Colégio da Espanha, 1976, p. 49.

⁶⁵ HEGEL, ap. REALE. op. cit. p. 155 -156.

vislumbra-se claramente contidas: a tese (petição inicial), a antítese (contestação) e a síntese (sentença judicial).

Quando o enfoque dialético exalta o real conferindo-lhe prioridade sobre o racional, quedamo-nos diante da *dialética Marxista*. Marx procura explicar a História como uma sucessão de contradições, máxime no que tange à ordem econômica. Enquanto Hegel procura através da *dialética* fazer prevalecer o *dever ser*, pois para ele é o *ideal* que norteia a história, Marx exalta o *ser*, ou mais especificamente as vicissitudes econômicas que dirigem a História.⁶⁶ O pensamento jurídico marxista surge como uma reação de origem hegeliana aos abstratos sistemas jurídicos de origem kantiana.⁶⁷ Mais tarde, os defensores da dialética aceitaram a lógica formal no âmbito dos problemas e perspectivas que lhe são inerentes: a análise das proposições descritivas de uma determinada realidade. Os defensores da *lógica formal*, de sua parte, reconheceram que o princípio da contradição é insuficiente para a explicação de fenômenos reais.

Esta conciliação, pondo fim à polêmica, repercutiu de forma muito positiva para os estudos correlacionados com o processamento eletrônico de dados. E isto porque o uso do computador pressupõe a formalização do fenômeno que será objeto do processamento eletrônico. Dessa forma se não se atribuisse à formalização um valor simplificador, mas falsificador, inutilizar-se-ia, “*apriori*”, este tipo de pesquisa computadorizada. Lefebvre, situando a *lógica formal*, deflagra que ela não se basta e não basta, pois ao apresentar de antemão um conteúdo não consegue separar-se dele e enquanto forma lógica o reduz ao mínimo estrito. Aqui o conteúdo mantido como algo exterior ao ser apreendido, queda-se estático em nítida contraposição com o real que é dinâmico. Mas isto não significa que a *lógica formal* é impossível com a *lógica dialética*, pois, se bem aprofundada a *lógica formal* não veda o pensamento dialético, ao contrário, remete à dialética pela mediação da lógica dialética. Porém, ao inverter-se esse movimento a *lógica formal* vislumbra-se tão-somente como uma redução do conteúdo. Registre-se a despeito da *lógica dialética*, que seu conceito aflui para o de *lógica concreta*, entendendo-se por esta as

⁶⁶ MARX. Apud LOSANO, op. cit. p. 43.

⁶⁷ LOSANO, op. cit. p.43.

investigações entre as relações que envolvem a ordem próxima e a ordem distante sob vários tais como: tempo, discurso, espaço, etc.⁶⁸

Lefebvre registra a índole harmônica da compossibilidade entre *lógica formal* e *lógica dialética*, ressaltando que Hegel não cogita em negar ou rejeitar a *lógica formal* integralmente, mas tenta enquadrá-la no âmbito da dialética, visando a captação do real como um todo concreto em detrimento de sua pureza formal.

10. A dialética processual contraposta à estática da lide.

Parte da doutrina quando se refere ao princípio lógico – vertido para o processo - demonstra preocupação na estruturação cronológica dos atos processuais, visando a coordenar a seqüência ordenada dos mesmos: primeiramente, a petição inicial; depois, a contestação e a sentença. Para Rui Portanova a dição **lógico**, em referência ao princípio lógico, não tenciona a determinação de categorias racionais do pensamento, não pretende refletir de forma crítica acerca dos pressupostos de validade do pensamento jurídico. O princípio lógico queda-se mesmo preocupado é com a liturgia do processo, com a forma metodológica de direcionamento da investigação da verdade no processo. Exemplo deste princípio no CPC vem representado pelo artigo 105, que determina a junção dos processos conexos para serem julgados por uma única sentença, evitando-se assim decisões conflitantes.⁶⁹

Segundo Piero Calamandrei o processo possui um caráter agonístico, onde inicialmente a atuação do juiz era apenas de espectador e de juiz de futebol da luta estabelecida entre as partes, hoje, entretanto, com a substituição das espadas pela argumentação, a razão será dada a quem melhor conseguir arrazoar e provar seus fundamentos perante o juiz. Todo este “jogo” ‘*feedbackiano*’ manifesta-se

⁶⁸ LEFEBVRE, op. cit. p. 24-25.

⁶⁹ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 2ª tiragem. Porto Alegre: Lael, 1997, p. 21.

fundamentalmente no princípio da dialética, que, por sua vez, não exige apenas uma série ordenada de atos processuais, nem consiste somente no alternar de atos visando a um provimento de mérito. Este princípio determina, sobretudo, que todos os movimentos processuais realizados por uma parte possibilita a realização de outro movimento destinado a contra-arrestar os efeitos do movimento anterior.⁷⁰

Mas não é correto definir esta relação como um nexo de causalidade, posto que nem toda movimentação realizada por uma parte no processo constitui-se em causa necessária e suficiente do próximo e sucessivo ato da parte adversa. É que uma vez praticado determinado ato, o próximo não será, necessariamente, o previsto pela parte contrária, pois que se abre uma série de possibilidades processuais provocadas pelo mesmo ato. Assim, cada competidor deve prever com sagacidade antes de dar um passo as várias possibilidades que surgirão como consequência da nova situação jurídica, nisto consiste a *tática* processual. A dialética processual já havia sido aventada por James Goldschmidt em 1925, quando assegurou que o processo não é uma mera relação jurídica unitária com obrigações e direitos, mas sim uma *situação jurídica* mutável ante as expectativas e possibilidades decorrentes da prática dos atos processuais. O processo, consoante Calamandrei, constitui-se numa *sucessão de chances*, alternadamente ofertadas por uma parte a outra. Assim, quem não souber prever as consequências desfavoráveis de um movimento imprudente e não se serve de um momento oportuno oferecido pelo adversário pode perder a causa.⁷¹

É por isso que se afirma que não há um processo igual a outro, assim como não há uma partida de xadrez igual a outra. A relação processual não pode ser comparada a uma peça de teatro onde os atores sabem de antemão a próxima cena. O curso de um debate judicial está a exigir dos competidores o rasgo do imprevisto. Embora quanto ao aspecto dialético, possa o processo ser considerado como *situação jurídica*, isso, contudo, não destrói a exatidão da teoria que o concebe como uma relação jurídica processual, no que

⁷⁰ “... el proceso, de brutal choque de ímpetus guerreros, há pasado a ser juego sutil de razonamientos ingeniosos”. CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil*. Vol. III. Traduzido por Santiago Santos Melendo. Buenos Aires: EJE, 1973, p. 264.

⁷¹ GOLDSCHMIDT, ap. CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil*, p. 266.

atine ao seu núcleo central que é o dever de o juiz prover o correspondente direito à parte que o possui.⁷²

Como ficou demonstrado nos parágrafos anteriores, a comum afirmação de que o processo – e aqui ficaremos circunscritos ao processo civil - se constitui em atividade dialética, carece de aprofundamento. Embora acreditemos nesta assertiva sem dúvidas, é preciso não entendê-la no sentido de que o fato jurídico (a lide) posto em exame é dinâmico e que se submete a algum mecanismo dialético. O exame judicial sobre qualquer relação jurídica a apanha já cristalizada, **formalizada**. Quando afirmamos que o processo é atividade dialética, o que queremos dizer é que os atos processuais, e tão somente estes, ocorrem em dinâmica semelhante àquela formulada por Hegel, mas isso não significa que a realidade fática, social e concreta examinada num processo civil esteja também em dinâmica dialética. Veja-se que quando da instauração da relação processual a lesão ou ameaça de lesão a direito já aconteceu, até mesmo nas ações cautelares cujo objetivo não é outro que não o de garantir o resultado útil de um processo principal, ou mesmo nas tutelas inibitórias exige-se a ameaça como pressuposto justificador do interesse de agir. Mesmo nestas espécies de provimentos jurisdicionais a dialética do processo restringe-se à relação jurídico-processual posta em apreciação. Quando, exemplificativamente, um juiz determina a busca e apreensão de um bem ou de uma pessoa com base no artigo 839 do CPC, ainda que nenhuma lesão tenha ocorrido e ainda que, eventualmente, venha a ocorrer depois de proferida sentença em ação cautelar e isto importe numa mudança da situação fática, não significa, entretanto, que esta “dinâmica”, ou melhor, esta mudança no estado de coisas implique, de qualquer forma, numa atividade dialética.

A dialética processual, frise-se bem, é restrita aos atos processuais, nada além disso, mesmo que a sentença ou o provimento interlocutório – incluindo-se o antecipatório da tutela – possuam efeitos concretizáveis. Mesmo assim, a tese (petição inicial) e a antítese (contestação) não poderão alterar-se, posto que o artigo 264 do CPC estatui limite temporal,

⁷² Na lição do mestre italiano: “... y cómo llegue a terminar esse drama, nadie lo sabe, fuera de Dios, único que conoce por anticipado la marcha de las estrellas (...) pero es cierto que el contenido concreto de esta obligación del juez se plasma dialécticamente en correspondencia con las situaciones jurídicas creadas por la actividad concurrente: según la variable puntuación, podríamos decir, de su juego”. CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil*, p. 267.

configurado pela citação, impeditivo da modificação do pedido ou da causa de pedir. E se o processo já tiver sido saneado nem mesmo que o réu concorde poderá o autor efetuar qualquer mudança no objeto do processo ou na sua fundamentação. Isto importa em reconhecer que a síntese (sentença) quedar-se-á delimitada pela tese em obediência ao dispositivo supra e, maiormente, em atendimento ao artigo 128 do mesmo código o qual expressamente manda o juiz decidir a lide nos limites em que foi proposta, vedando-lhe o conhecimento de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Em alguns casos, todavia, o juiz é obrigado a tomar conhecimento de fatos supervenientes ocorridos após a instauração da instância, tal como se dá na superveniência de fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito da parte autora.⁷³ Aliás, o artigo 303 admite, mas por exceção, que o réu deduza novas alegações depois de oferecida a contestação dê que: relacionadas a direito superveniente; competir ao juiz conhecer delas de ofício; por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e juízo. Estas exceções não parecem, no entanto, suficientes para fulminar a dialética processual, por pelo menos duas ordens de razões: primeiro porque em qualquer caso o exame do juiz incidirá sobre a tese; segundo porque também em relação aos fatos supervenientes o juiz estará obrigado a permitir a contradição da parte autora no prazo de dez dias (artigo 326).⁷⁴ Deve-se, porém, lembrar o Supremo Tribunal Federal já entendeu que se o fato superveniente ocorrer após o julgamento do recurso não poderá ser ventilado com supedâneo no artigo 462, através de embargos de declaração.⁷⁵

⁷³ Segundo o artigo 462: *Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.*

⁷⁴ O artigo 326 prescreve: *Se o réu, reconhecendo o fato em que se fundou a ação, outro lhe opuser impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, este será ouvido no prazo de 10 (dez) dias, facultando-lhe o juiz a produção de prova documental.*

⁷⁵ Acórdão do Supremo Tribunal Federal. Embargos de declaração em recurso ordinário em mandado de segurança nº 22.135-3 – DF – (Primeira Turma). EMENTA: *“Recurso ordinário em mandado de segurança. Embargos declaratórios. - Na parte em que os embargos de declaração atacam os fundamentos do acórdão embargado, não são eles cabíveis por terem nítido caráter infringente. - Fato novo, ocorrido após o julgamento do recurso, não pode ser alegado, com base no art. 462 do C.P.C., em embargos de declaração para modificar-se a conclusão do acórdão embargado. Embargos rejeitados”*. No exame do voto do relator a questão resta mais bem esclarecida, vejamos: *O simples fato de o embargante vir, somente agora, em sede de embargos de declaração, comprovar a compra do imóvel funcional, não elide o fundamento do acórdão embargado de que a prova do pretendido direito líquido e certo deveria ser feita com a inicial do “writ”, entendimento esse assaz sacramentado, quer na esfera jurisprudencial, quer na doutrina. Nem a regra*

Considerando isto, vê-se que na dialética processual civil brasileira é a tese que predetermina a síntese – no que se constata coincidência em relação à lógica hegeliana –, pois pela contestação o máximo que o réu pode auferir é a rejeição da tese. Observe-se que se o réu oferecer reconvenção haverá uma nova dialética na qual as posições processuais inverter-se-ão. Havendo reconvenção haverá julgamento simultâneo: *Julgar-se-ão na mesma sentença a ação e a reconvenção* (artigo 318). Pois bem, considerando isto adquire importância o questionamento que perquire: estaríamos diante de um caso no qual uma só síntese enquadraria duas teses e duas antíteses?

Bem, é certo que Hegel concebeu à síntese uma função conciliadora e que a aplicação do artigo 318 acarreta isto na prática: duas teses e duas antíteses serão decididas numa só sentença, entretanto, não numa só síntese. Tal se verificaria, exemplificativamente, numa ação de cobrança de A contra B, na qual em relação à primeira demanda (ação), B opõe contestação e, simultaneamente – já que o artigo 299 determina que a reconvenção deve ser oposta no mesmo momento em que o for a contestação, embora em peças autônomas –, opõe também reconvenção para cobrar crédito contra A. Neste caso a sentença pode consistir num provimento compensatório-conciliatório forçado pelo Estado, mas embutindo duas sínteses. Sempre que houver reconvenção – e isso se aplica aos casos de pedidos contrapostos das ações dúplices, *ex vi* das possessórias, das que tramitam pelo rito sumário ou juizados especiais cíveis - também haverá, sempre, duas ou mais sínteses,

inscrita no art. 462 do Código de Processo Civil, "data venia", socorre a pretensão do embargante, uma vez que eventual fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito, superveniente à propositura da ação, somente pode ser levado em conta quando do julgamento da lide. E a presente lide já foi decidida com o julgamento do recurso ordinário, sendo os embargos declaratórios mero recurso de integração do julgado, na hipótese de obscuridade, contradição ou omissão, o que efetivamente não ocorre no caso "sub examine". Compete ao embargante, se assim o entender, buscar a via processual adequada para fazer valer pretensão seu, não sendo os embargos declaratórios, que, em tese, não possuem caráter infringente, o caminho próprio para reforma do aresto embargado." (fls. 125/127). É o relatório. VOTO. O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES (Relator): (...) 2. Por outro lado, no tocante à alegação de fato novo - o de que, no dia 26.07.95, o embargante adquiriu o apartamento -, que ocorreu posteriormente à prolação do aresto embargado (que foi proferido em 18.04.95), não pode ele ser levado em consideração, porquanto - mesmo que se considere aplicável o artigo 462 do C.P.C. ao mandado de segurança - esse fato tem de ocorrer antes do momento "de proferir a sentença" ou antes de, em caso de recurso, se realizar o julgamento deste. Não pode, pois, ser ele alegado em embargos de declaração por ter ocorrido depois de proferido o acórdão embargado, para que a conclusão deste seja modificada, uma vez que os embargos de declaração só são cabíveis para completar a decisão (hipótese de omissão) ou para expurgá-la dos defeitos de obscuridade ou de contradição, o que não se dá se o fato novo não existia quando da prolação do aresto embargado. 3. Em face do exposto, rejeito os presentes embargos". Vide NEGRÃO, Theotonio. Código de Processo Civil, 5ª edição em CD/ROM, 2000, nota nº 31 ao artigo 462.

malgrado a lei falar apenas numa só sentença. E note-se que nalguns casos esta sentença não consistirá num provimento conciliatório (no sentido hegeliano acima falado), pois pode ser que o juiz julgue procedente o pedido da ação e improcedente o da reconvenção, ou vice-versa.

O sentido lógico-processual-dialético do artigo 318 do CPC deve ser interpretado no sentido de que: 01- havendo reconvenção haverá necessariamente duas sínteses concretizadas num mesmo momento, por um único ato processual (sentença), mas ainda assim haverá duas sínteses; 02- esta sentença, todavia, não tem o mesmo significado da síntese da lógica dialética hegeliana, pois na medida em que contém dois *dispositivos* estes é que desempenharão o papel sintático; 03- mas o fato de haver uma só sentença não se constitui em impedimento de a mesma envolver duas sínteses, porque na verdade haverá dois julgamentos num mesmo ato processual; 04- o dispositivo da sentença (artigo 458, III), por sua vez, não fica adstrito tão somente à apreciação da tese – seja da ação, ou da reconvenção -, pois deve julgar as questões processuais tais como a condenação em verbas sucumbenciais e outras previstas em lei.

Em conclusão, no sentido processual pode-se afirmar que: a petição inicial equivale à tese; a contestação à antítese; mas a síntese equivalerá à sentença sempre que não houver reconvenção, oposição, etc., ou seja, sempre que o juiz julgar apenas uma relação jurídica processual; doutro turno, nas vezes em que o juiz julgar mais de uma relação jurídica processual numa mesma sentença, a síntese equivalerá ao dispositivo da sentença devendo haver tantos quantos sejam necessários para se decidir as lides postas em juízo. Isto ocorrerá também nos casos de julgamento conjunto de ação cautelar com a principal, nos incidentes processuais, nos casos de cumulação de pedidos, casos de litisconsórcio envolvendo mais de uma relação jurídica material entre as partes litigantes.

A demonstração de que a dialética processual adstringe-se ao processo e não à lide fica clara nas hipóteses nas quais há alteração fática ilegal, como nos casos de violação de penhora, arresto, seqüestro, imissão na posse, prosseguimento de obra embargada. Estas situações, percebe-se, não podem ser resolvidas no processo pendente, posto que sua tese não a abrange e nem a sua antítese a rebate porque se trata de situação processual nova.

Num tal caso o prejudicado terá de se socorrer de outro processo, o qual será regido por outra dialética que não se identifica nem a mesma causa da anterior. Este outro processo, no caso da sistemática processual brasileira, será a medida cautelar incidental – e somente poderá ser incidental - de atentado prevista nos artigos 879 a 881 do CPC.

A dialética processual tem ainda outra peculiaridade pertinente às verbas processuais indiretas. Segundo o artigo 20, na sentença o juiz condenará a parte vencida ao pagamento das despesas que antecipou e nos honorários advocatícios. Esta condenação, porém, não consiste em exame sobre a lide, eis que esta se cinge e vincula-se ao direito material,⁷⁶ ao passo que aquela é um consectário da existência do processo, é fenômeno exclusivamente processual. A sentença, por sua vez, ao decidir a lide também há de enfrentar o problema da condenação das verbas indiretas, assim chamadas porque decorrem da relação processual e não da material. E o que é ainda mais peculiar é o fato de que apesar de o artigo 20 ter dito que o juiz condenará a parte “vencida”, há ainda os casos de litigância de má-fé nos quais é possível que o vencedor da demanda tenha incorrido numa das condutas consideradas como tal e, por isso, seja condenado ao pagamento de suas respectivas sanções processuais mesmo que não sucumba. Isto está a demonstrar que a dialética processual não pode ser associada simplesmente à dialética hegeliana, ou que a lógica processual possa, também, simplesmente ser equiparada à lógica dialética. Existem peculiaridades que só acontecem no âmbito das relações processuais e que por possuírem autonomia, no pertinente à relação jurídica material, devem ser decididas na mesma sentença.

Nos casos dos julgamentos dos incidentes processuais, como por exemplo, o da impugnação ao valor da causa, dentro de uma dialética mais ampla outra mais restrita e que dela decorre e depende pode surgir. Isso se verificará sempre que o autor atribuir valor à causa em desconformidade com os artigos 258 a 261, pois possibilitará ao réu que interponha o incidente de impugnação ao valor da causa. Este representará uma nova e circumspecta tese de autoria da parte ré, a cujo respeito o juiz será obrigado a ouvir a parte autora, que, por seu turno, poderá opor sua antítese. E a esta terá seguimento uma síntese de

⁷⁶ Salvo nalguns casos nos quais a lide tem objeto exatamente o exame de ato processual, como sucede com a ação do artigo 485 e 486.

índole exclusivamente processual, na qual o juiz analisará tão somente se o valor da causa corresponde, ou não, ao determinado pela lei processual.

11. Linguagem jurídica e lógica jurídica alética e deôntica. A demarcação do universo jurídico: uma exemplificação de prótase e apódose processuais.

De início deve-se ressaltar que o entendimento sobre ciência jurídica - considerada em sentido amplo - envolve um leque de várias ciências voltadas para o conhecimento sobre o jurídico, como a antropologia, a sociologia, etc. Todavia, no sentido estrito deve-se entender por ciência jurídica apenas a ciência dogmática do Direito, que, por sua vez, pensamos, não pode conflitar com os princípios do direito natural. O que se faz em lógica jurídica é substituir os categoremas e sincategoremas, as variáveis e constantes lógicas de uma estrutura lógica por dados ou constantes fáticas. Isso, por sua vez, implica numa desformalização da lógica. Então a lógica jurídica seria algo extralógico, significa traduzir a experiência jurídica numa categoria sintática.⁷⁷

O primeiro passo para atingir-se a lógica jurídica é verificar qual a linguagem que expressa a realidade do Direito. A linguagem e todas as suas características semióticas, porque ela será o suporte material da forma lógico-jurídica. A linguagem jurídica possui caracteres particulares que designam situações específicas a determinados fatos, às vezes não coincidentes com os da linguagem natural. É linguagem conotativa e denotativa de objetos próprios do Direito. E na medida em que se encontra na experiência das formas uma inflexão volvida para o Direito, também se acha a ponte de ligação entre a lógica e o mundo jurídico.

Quando a ponte que liga a lógica à determinada seara científica perfaz-se através de proposições baseadas em falsidade e verdade, diz-se que este tipo de lógica é alética, isto é, objetiva descobrir se as proposições de um discurso são verdadeiras ou

⁷⁷ VILANOVA. *Lógica jurídica*, p. 80-1.

falsas. Com efeito, o discurso comum pode ser verdadeiro ou falso, noutros termos, a proposição “o mar é azul” pode de fato ser verdadeira ou falsa. Para o tradicional pensamento jurídico, noutro senso, não interessa que as proposições sejam verdadeiras ou falsas, mas sim, válidas ou inválidas, relacionando-se com o que deve ou não deve ser. Nestes termos o dever ser lógico-jurídico não é axiológico. A expressão “dever” vem do grego “*deomai*”, por essa razão, etimologicamente diz-se que a lógica própria do *direito* é denominada **deôntica**.

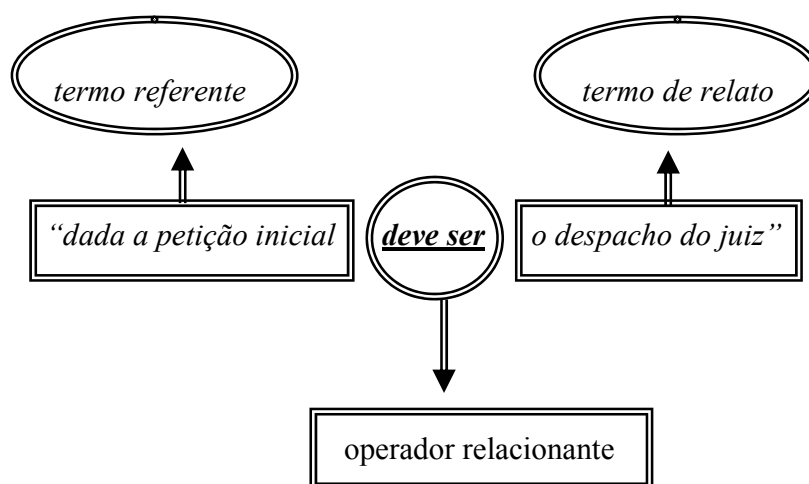
Relembrando a precisa lição do professor José Souto Maior Borges, constata-se que a conduta humana somente integra o objeto da ciência do direito enquanto considerada abstratamente, excluindo-se a conduta humana concreta, existencial. Dessarte, à guisa de exemplo, a norma contida no artigo 4º do código civil do Brasil ao prescrever que *a personalidade do homem começa com o nascimento com vida*, não deve ser entendida como um enunciado fático ou biológico sobre o nascimento. Sua significação é, antes de tudo, **deôntica**, podendo assim expressar-se: *dado o nascimento com vida deve ser a personalidade*.⁷⁸

Os modos de referência das proposições deônticas são concebidos em três modalidades, dividindo o universo da conduta humana regulada pelo *direito*, - conduta humana juridicamente regulada - em: “*modalidade do proibido, do obrigatório e do permitido*”. Esses são os três ‘modos-de-referência’ das proposições deônticas quanto ao seu objeto, denotando um sentido semântico no qual a relação da proposição é tida como símbolo e com o objeto denotado. As estruturas lógicas do Direito são estruturas deônticas, cuja partícula operatória é o *dever-ser*. Essas partículas relacionam sujeitos-de-direito (aqui exercendo o papel sintático de termo-sujeito = categorema) e também relações entre tipos de condutas dependentes da verificação de ocorrências fáticas. Uma vez ocorrendo a hipótese descrita na norma, um sujeito-de-direito **deve** fazer ou deixar de fazer alguma coisa. E tal fazer ou deixar de fazer dá-se, sempre, em face de um outro sujeito-de-direito, ainda que mediatamente. Então partindo da lógica clássica cuja proposição ocorre na forma “Se Q é R, então S é P”, para chegarmos a uma proposição jurídico-deôntica teremos: “Se

⁷⁸ BORGES, José Souto Maior. O direito como fenômeno lingüístico, o problema da demarcação da ciência jurídica, sua base empírica e o método hipotético dedutivo. *Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife*, p. 29 e 30, 1988.

Q é R, então S **deve ser** P”. O deôntico está no termo conseqüente e não no antecedente da proposição. Indica que se concretamente ocorrer tal hipótese (normatizada), determinada conseqüência jurídica **deve** ocorrer. Vê-se que a norma assume o papel sintático de termo antecedente, o deôntico é conseqüente!⁷⁹

A jurisdicização da lógica, por sua vez, não lhe retira o caráter formal, na medida em que suas estruturas são aptas a recepcionar o objeto jurídico, espécie de objeto deôntico.⁸⁰ Como estrutura formal a *relação de causalidade jurídica* compõe-se de um termo antecedente (termo referente) e de outro termo conseqüente (termo de relato) e, ainda, de uma espécie de operador: o operador relacionante.⁸¹ Exemplifiquemos tomando como modelo a estrutura deôntica narrativa do dever de o juiz despachar a petição inicial:



Quando se afirma que a modalidade deôntica necessariamente estará no *obrigatório, proibido e permitido*, é porque a conduta humana juridicamente regulada,

⁷⁹ VILANOVA. *Lógica jurídica*, p. 88-9. Como já vimos, a realidade jurídica por ser normativa é, então, deôntica. Em *Causalidade e relação no direito*, explica-se que o caráter tríplice da modalidade deôntica admite o *obrigatório*, o *permitido* e o *proibido*, somente incidindo sobre fatos-de-conduta, que não se confundem com os fatos naturais ou estranhos ao universo sócio-cultural. Vide mesmo autor: *Causalidade e relação no direito*, p. 70.

⁸⁰ “Se uma norma pode ser conteúdo de outra norma, ou de normas, em sucessivos graus de superposição, na base dá-se uma conduta. Mediata ou imediatamente é a conduta que pode ser deonticamente (normativamente) modelada. Não o fato natural: o fato estranho ao mundo sócio-cultural”.

VILANOVA. *Causalidade e relação no direito*, p. 70.

⁸¹ *Ibidem*, p. 70.

sempre estará e enquadrar-se-á numa dessas três modalidades. Veja-se, na esteira de Vilanova, que uma lei ontológica referente a uma quarta possibilidade expressar-se-ia dizendo que a conduta humana, juridicamente regulada, é obrigatória, permitida ou proibida, “sem mais uma outra possibilidade”. Deve restar claro que a lógica formal tem uma lei, ou princípio, denominado de “princípio do terceiro excluído”, pelo qual uma proposição ou é verdadeira ou é falsa, não há um terceiro valor além destes dois. Pois bem, essa lei, ou princípio, é lei lógica e, portanto, não se confunde a lei do “quarto excluído” acima referida, porque esta não é lei lógica, mas lei ontológica.⁸²

É por esse motivo que se pode concluir que a modalidade deontica é triádica, ou seja, apenas funciona com esses três valores ou possibilidades. Então a existência do Direito ocorre na modalidade normativo-deontica, no universo do dever-ser, mas a juscibernetização deste universo exigirá uma complementação alética, posto que o *hardware* opera em linguagem binária: verdadeiro ou falso. E não se confunda, com essa afirmação de que a modalidade deontica é triádica, que, por ventura, estivesse-se revogando a dualidade da proposição lógico-jurídica, pois enquanto proposição ela é dual. Inolvide-se que a dualidade da proposição lógica-jurídica – trata-se aqui de lógica deontica -- refere-se ao fato de que ela é **válida** ou **não válida**. É aqui, neste sítio, que podemos dizer que se aplica o princípio do terceiro excluído. E podemos dizer isso ante o fato de que uma proposição jurídica, sob o aspecto deontico, não pode ser ao mesmo tempo **válida e não válida**, ou é válida ou é não válida.

E era exatamente por isso que Kelsen firmava-se contrário à aplicação da lógica geral formal ao direito. Mas louvemos a lição de Lourival Vilanova no sentido de que pelo fato de o sistema jurídico e o sistema lógico situarem-se em universos diferentes, isso, por si só, não invalida a aplicação da lógica geral formal ao direito porque as proposições lógico-deontico e normativas não se entrecruzam.

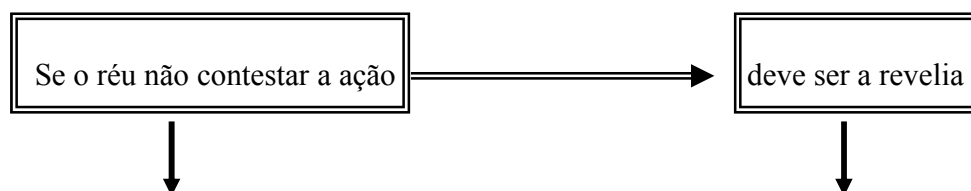
O dever-ser é uma forma sintática de relacionamento de conceitos referentes a dados de experiência. E nas formas de composições de estruturas não há que se confundir a apofântica com a deontica. Na primeira um conceito ou convém ou não convém a outro,

⁸² VILANOVA. *Lógica jurídica*, p. 124-6.

estando ou não incluído noutro. Na segunda o que se estabelece é uma relação, na qual o *dever-ser* queda-se vinculado a um universo das normas ou da linguagem, enquanto denotação de normas. E é exatamente através da linguagem jurídica positiva (do Direito Positivo) que se reduz o Direito a uma estrutura formal. E uma vez reduzida a experiência jurídica numa proposição deôntica, isto não significa que tal proposição que retrata o ser jurídico seja, ela mesma, uma norma jurídica. É apenas uma proposição lógica e por isso mesmo vazia de conteúdo, transcendente ao sistema de direito positivo. Representa a estrutura deôntica uma generalização formal que se atinge pela formalização. E assim pode-se conceber a lógica jurídica como uma lógica formal porque “*representa a formalização da linguagem do direito positivo*”, que por ser linguagem está vinculada ao universo de seu objeto: as normas jurídicas.⁸³

A proposição jurídica é composta por duas partes: o pressuposto (prótase ou hipótese) e a consequência (apódose, tese). Nesta bimembridade o pressuposto descreverá uma situação fática, ao passo que a consequência descreverá as relações que se constituirão entre sujeitos-de-direito, ante a concretização da situação fática descrita na prótase. Observe-se que a prótase dá-se na forma alética, eis que descreve situações verificáveis no mundo dos fatos sociais ou naturais. Então esta proposição alética, que compõe a dualidade da proposição jurídica, é denominada de *descriptor*. Note-se ainda que diferentemente da prótase, a apódose ocorre na forma deôntica porque é do tipo normativa implicacional. Então esta proposição deôntica denomina-se de *prescritor*.

Exemplifiquemos o parágrafo supra tomando-se o caso da revelia: pois bem, como prescreve o artigo 219 do CPC, se o réu não contestar a ação deve ser a revelia. Então teremos:



⁸³ Ibidem, p. 102-6.

Descreve uma situação fático-processual = <u>prótase</u> . Trata-se de situação alética e não deôntica. É o <u>descriptor</u> da proposição jurídica.	Descreve uma situação normativa = <u>apódose</u> . Trata-se de situação deôntica e não alética. É o <u>prescritor</u> da proposição jurídica.

Interessa esclarecer ainda que uma proposição tem funções que se classificam em sintáticas e semânticas, onde se pode perceber que quando se opera com descriptor e prescritor o que se alude aí é a uma função denotativa semântica. Da mesma forma, quando se maneja com hipótese e consequência estar-se referindo a função sintática.⁸⁴

E também se deve assinalar que o exemplo da revelia enquadra-se na estrutura secundária da norma jurídica proposta por Lourival Vilanova em seu *Relação e Causalidade no Direito*.⁸⁵ Como se verá mais adiante a norma jurídica é subdividida em primária e secundária. No âmbito da primeira ocorrem relações jurídicas em sentido estrito e quando se descumpre uma dessas relações possibilita-se ao detentor do direito subjetivo o manejo da ação (em sentido material ou processual). Assim, como para haver revelia é mister que tenha havido, anteriormente, ao menos em tese, uma ameaça ou lesão a direito que se constitua na causa de pedir de uma relação jurídica processual, estaremos, pois, no âmbito de uma relação normatizada por norma jurídica secundária.⁸⁶

Para o universo juscibernético as estruturas deônticas devem ser traduzidas em estruturas aléticas, para que a máquina computacional possa executar tarefas jurídicas. Na medida que isso é verdadeiro, resta comprovada a imprescindibilidade da lógica alética para a nova realidade jurídica que emerge da aplicação da tecnologia ao direito.

⁸⁴ Ibidem, p. 116-8.

⁸⁵ Sobre norma primária e secundária consulte-se também VILANOVA, in *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. p. 111-25.

⁸⁶ É bem verdade que pode haver revelia sem que tenha havido, por parte do réu, qualquer lesão ou ameaça de lesão ao direito do autor. É bem verdade que o autor da ação pode não ser vencedor por ausência de pressupostos ou condições, ou até mesmo de direito material. Entretanto, para haver revelia é preciso que haja relação processual, sempre, foi isto o que se quis dizer. E em se estando dentro de uma relação processual também se estará “dentro” de uma relação regida pela norma secundária.

12. Da compatibilidade entre as lógicas deôntica e alética: um pressuposto do processo digital.

A proposição normativa inevitavelmente prescreve uma relação objetiva. Se estamos na seara do Direito positivo, não podemos olvidar que somente haverá positivação se houver factualização. Existe possibilidade de se encarar uma proposição deôntica quanto ao aspecto da verdade ou falsidade (aspecto alético), ainda que a proposição deôntica seja objetivante. A diferença crucial entre uma proposição deôntica e outra alética está no *modo-de-referência* aos respectivos objetos. É possível que uma proposição descritiva seja verdadeira ou falsa, na medida em que ambas possuem valores positivos ou negativos: “validade/não validade”, “verdade/falsidade”, e que ambas podem ter os seus respectivos valores considerados, apenas enquanto valores, desvinculados de suas relações denotacionais com as situações objetivas sobre que incidem. Como insculpe Vilanova, ainda que o caráter tríptico da modalidade deôntica (obrigatório, permitido, proibido), fenomenologicamente considerado seja irreduzível às formas aléticas (verdadeiro/falso), ou, também, à modalidade epistemológica do verificado ou não verificado, ainda assim, ambas as proposições, enquanto proposições lógicas, obtêm o caráter de valores positivos ou negativos. Dessa forma é plenamente viável que tanto uma proposição alética quanto deôntica possam ser representadas pelos símbolos V ou F, ou ainda 0 ou 01.⁸⁷

Eis aí algo de imensa importância para a teoria do Direito Cibernético: não nos interessa que os modais deônticos sejam ou não irreduzíveis, o fato é que o computador eletrônico ao processar informações opera com funtores aléticos e se não se compatibiliza esses dois tipos de lógica, ou teremos de trabalhar com uma lógica inadequada para a realidade normativo-cibernética (a alética), o que seria ilógico, ou simplesmente o computador eletrônico não poderia ser concebido como *una persona ficta*, como o fez

⁸⁷ Neste sentido confira-se VILANOVA. *Lógica jurídica*, p. 130-2. E também *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*, p. 75-80.

Vittorio Frosini, noutras palavras, não seria possível defender-se uma teoria cibernética do direito.

O fato é que quando se opera através da lógica jurídica, inevitavelmente, por conta da linguagem, os termos de suas proposições encontrar-se-ão denotados de sentidos vinculados aos objetos designados no universo do Direito. Acrescentamos, com Vilanova, que neste contexto a linguagem pode adquirir um tríplice aspecto: uma é a linguagem pela qual o Direito se apresenta (linguagem do direito-objeto); outra é a linguagem através da qual a ciência do Direito colima deslindar o conhecimento do Direito (linguagem do conhecimento do direito-objeto); e a terceira é a linguagem formalizada da lógica. Bem, estas três modalidades de linguagem, apesar de se situarem em níveis ou planos distintos, designam uma única relação fundamental, qual seja, a da linguagem com os objetos a que designa e, ao mesmo tempo, com o universo, a seara, na qual se dão as relações entre sujeito e objeto atuantes nesse mesmo universo ou seara.⁸⁸

Então, percebe-se que na medida em que há espécies de linguagens com modos-de-referências distintos - sim porque um é o que ocorre com a linguagem do direito-objeto e outro o que se dá com a linguagem do conhecimento desse direito-objeto -, também haverá espécies distintas de lógicas: a apofântica e a deôntica, ambas espécies do gênero lógica, todavia. Dessa forma haverá também um ponto de intersecção entre essas lógicas deôntica e apofântica, eis que ambas são espécies de um mesmo e único gênero. Devemos nos ater ao fato de que se tanto a lógica deôntica quanto a apofântica atuam pela formalização do discurso, ou, pela linguagem, tanto uma quanto outra são lógicas **formais**. São formais porque nelas estão as estruturas ou leis formais algorítmicas e que, ao menos de forma direta, nada referem acerca dos objetos dos universos sobre os quais atuam: são estruturas lógicas que dizem “como se falam sobre objetos”.⁸⁹

Considerando-se o modo-de-referência à realidade e também a estrutura sintática, conclui-se que as proposições normativas, onde se incluem as normas de direito positivo, são distintas das proposições descritivas. Mas, tanto uma quanto outra proposição

⁸⁸ VILANOVA. *Lógica jurídica*, p. 144-5.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 146-7.

possuem um núcleo homogêneo consistente na *descrição* da situação objetiva do mundo dos fatos. Certo é que a situação hipotética abstrata normativa isola do fato (social ou natural) aquilo que axiologicamente é relevante para o sistema jurídico. A proposição que descreve uma situação fática incide sobre a realidade, mas não coincide com ela porque lhe falta o enunciado veritativo semântico (Verdadeiro/Falso). A proposição deôntica é dotada de valência e seus valores interligam-se com os valores do conseqüente.⁹⁰

Retirando-se os funtores diferenciadores do SER (apofântico) e DEVER-SER (deôntico), as proposições deônticas e aléticas apresentam os mesmos caracteres, p. ex. caracteres quânticos, disjuntores, relacionais, implicadores, etc. Tanto numa quanto noutra as relações articuláveis são abstratas e possuem valências. E a sobreposição dos modais aléticos aos deônticos é sustentada por Lourival Vilanova tanto em seu *Lógica Jurídica* quanto em seu *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*, da seguinte forma: “é necessário, é contingente, é possível que dado A deve ser B”.⁹¹ Também é possível que haja inferências mistas com dúpiques premissas (deônticas e apofânticas), e cuja conclusão seja deôntica.⁹²

Pode-se, assim, dizer que o modal deôntico, sob o aspecto formal, é um relacional indiferente aos valores fáticos (extralógicos), mas é também, ao mesmo tempo, uma forma aberta podendo ser preenchida por valores do mundo do concreto. Por esse motivo Vilanova acentua que o Direito é apenas *forma*. E a lógica, por seu turno, não exaure o universo jurídico, é insuficiente em relação ao direito tanto na sua construção quanto na sua aplicação. E essa insuficiência deriva do fato de as proposições normativas dependerem sempre de um fato de valoração, mas na seara analítica e formal o nexa que se estabelece entre hipótese e conseqüência é uma relação do tipo “implicacional”.⁹³

⁹⁰ Ibidem, p. 155.

⁹¹ VILANOVA. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*, p. 72. Lembramos que isso se constitui numa tentativa de formulação de uma proposição normativa (deôntica) com os modos da lógica clássica, que são: “o necessário, o contingente e o possível”.

⁹² Apud Vilanova em *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*, p. 26. Em referência à obra *Logical Studies* de Von Wright, que registra: “... the deontic modalities unlike the alethic, epistemic, and existential ones have no logical connection with matter of fact – truth and falsehood”. O texto supra pode ser traduzido da seguinte maneira: “... as modalidades do deôntico distinto do alético, epistemológico, e existencial não têm nenhuma conexão lógica com assunto de fato - verdade e falsidade.”

⁹³ VILANOVA. *Lógica jurídica*, p. 168.

O Direito incide sobre a realidade, mas não coincide com ela. A lógica jurídica incide sobre a realidade jurídica, mas também não coincide com ela porque suas proposições estão situadas no mundo lógico e, como diz Vilanova “*Não se resolve com lógica o que é extra-lógico*”: fatos e valores da realidade jurídica.⁹⁴ A síntese conclusiva de Lourival Vilanova, acerca da lógica material constitui-se numa crítica ao pensamento de Recaséns Siches e Husserl. Observa que a lógica material, como concebida por estes autores, extrapola o âmbito da analítica das formas, pois se refere à “lógica” manuseada pelos teóricos e operadores do direito, que não intentam fazer “lógica”, mas tão somente relacionar o logos com a experiência. Constitui-se numa retroversão da existência para o logos, é excesso de racionalismo é: “*ideologia que quer se confundir com ciência, falsa consciência que Kelsen implacavelmente sempre denunciou*”.⁹⁵

Mas a aceitação da compatibilização entre modais lógicos deônticos e aléticos constitui-se num pressuposto à concepção da digitalização do processo judicial. Assim como a lógica jurídica tradicional não se confunde com a realidade jurídica, também a realidade virtual não se confundirá com a realidade concreta. Quando se concebe que as proposições lógico-deônticas que representam diretamente a realidade – mesmo que com ela não se confundam -- compatibilizam-se com as proposições lógico-aléticas que traduzirão aqueles juízos em linguagem computacional e que serão – estas -- processadas pela inteligência artificial computacional, podemos então afirmar que a lógica alética será o elo entre a realidade jurídica e a lógica deôntica.

Para que tudo isso ocorra, faz-se necessário que este procedimento de compatibilização entre essas duas espécies de lógica seja observado. Não se pense, porém, que o fato de o computador basear-se no alfabeto binário constituirá limitação ou óbice à concretização de nossa proposta. Examinemos, pois, os problemas referentes às lógicas com mais de dois valores.

⁹⁴ Ibidem, p. 167.

⁹⁵ Ibidem, p. 170.

13. Lógica com mais de dois valores: a plenitude juscibernética do processo digital.

O resultado da conciliação acima falada, entre lógica alética e deôntica, formal e dialética, resultou na formalização do discurso dialético, verificado por excelência em Hegel. Para que alcançasse logro o discurso hegeliano prescindiu da lógica de dois valores e criou uma de quatro. E isto porque já não era mais suficiente afirmar-se que determinada proposição era verdadeira ou falsa, mas impunha-se operar com conectivos. Losano situa a superação da lógica de dois valores entre os anos de 1920 a 1930, quando os poloneses Jean Lukasiewicz e Alfred Tarski construíram uma lógica contendo três valores de verdade: o verdadeiro; o falso; e o possível. Esse sistema impôs a renúncia de determinadas leis lógicas a exemplo da do terceiro excluído.⁹⁶

Com efeito, também Castrucci atribui a criação da *lógica* com mais de dois valores a Lukasiewicz, que no ano de 1920 criou sua *lógica trivalente*, motivando-a na consideração de proposições do tipo “*choverá no dia 25 de janeiro de 2000*”, pois a tal proposição não se pode atribuir nem o valor verdadeiro, nem o falso. Daí a necessidade de criar uma outra que pudesse expressar-se da seguinte forma: “*é possível que chova no dia 25 de janeiro de 2000*” ou “*não é possível que chova no dia 25 de janeiro de 2000*”. Seguiu-se então a atribuição de três valores assim designados:

0 -- que corresponde a “falso”;

1 -- que corresponde a “verdadeiro”;

$\frac{1}{2}$ -- que corresponde a “é possível”.⁹⁷

Mas já se argumentou que por mais interessante que seja, o estudo das lógicas com mais de dois valores não interessa para o jurista cibernético, uma vez que não podem ser utilizadas pelo computador. Traçando as características que uma lógica deve possuir

⁹⁶ LOSANO, op. cit. p. 42.

⁹⁷ CASTRUCCI, op. cit. p. 63-64.

para bem se adequar ao uso pelo computador eletrônico, Losano consigna que deve ser: simbólica, alética, não dialética e de dois valores.⁹⁸ Estas características foram apontadas por Losano numa época em que a inteligência artificial ainda engatinhava, hoje a realidade é bem diferente. Embora a máquina computacional não seja capaz de entender o “caráter” deôntico da lógica jurídica, Lourival Vilanova ensinou-nos que é plenamente viável a elaboração de uma proposição deôntica quanto ao aspecto da verdade ou falsidade (aspecto alético), ainda que a proposição deôntica seja objetivante. Não olvidemos que a diferença crucial entre uma proposição deôntica e outra alética está no *modo-de-referência* aos respectivos objetos. Vilanova, com sua genialidade, mostrou-nos que é possível que uma proposição descritiva seja verdadeira ou falsa, na medida em que ambas possuem valores positivos ou negativos: “validade/não validade”, “verdade/falsidade”, e que ambas podem ter os seus respectivos valores considerados, apenas enquanto valores, desvinculados de suas relações denotacionais com as situações objetivas sobre que incidem.

Então, mesmo que o caráter tríplice da modalidade deôntica (obrigatório, permitido, proibido) seja irreduzível, sob o aspecto fenomenológico, às formas aléticas (verdadeiro/falso), não obstante isto, ambas as proposições, enquanto proposições lógicas, obtêm o caráter de valores positivos ou negativos. Logo, é plenamente viável que tanto proposições aléticas quanto deônticas possam ser representadas pelos símbolos V ou F, ou ainda 0 ou 01. E dessa forma o computador eletrônico poderá processar informações jurídicas, sem a necessidade de redução do fenômeno jurídico a linguagens computacionais não compreensíveis ao homem comum, porque hodiernamente as linguagens de alto nível computacional servem-se da linguagem humana natural. O *hardware* é que se encarrega de traduzir notações humanas em notações algorítmicas binárias e aléticas.⁹⁹

Isso significa que o fenômeno processual poderá ser representado num ambiente digitalizado sem nada a dever à representação hodierna proporcionada pela linguagem processual. Pelo contrário, o ambiente digital facultará um desenvolvimento do processo juscibernético com diferencial incomensuravelmente a maior em relação à realidade atual, pois além de designar a realidade jurídica com a mesma amplitude da já

⁹⁸ Ibidem, p. 64.

⁹⁹ Neste sentido confira-se VILANOVA. *Lógica jurídica*, p. 130-2. E também *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*, p. 75-80.

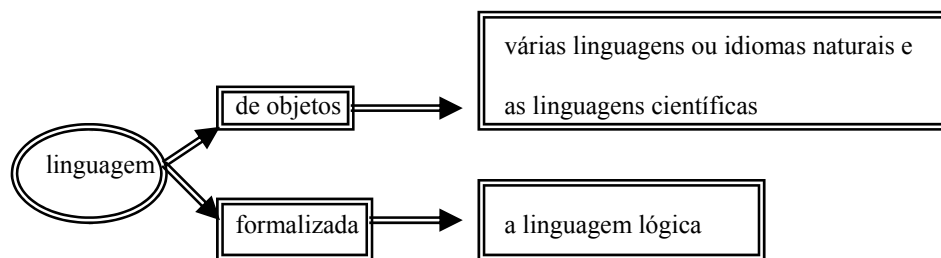
existente representará um avanço de segurança documental e de velocidade na prática dos atos processuais nunca antes vistos. A limitação que se observará nesta nova concepção de processo judicial não será sob nenhum aspecto mais restrita que a atual, ambas jamais conseguirão retratar a realidade de modo absoluto posto que adstritas às limitações próprias da linguagem. Passemos a examinar os problemas relacionados com a lógica e a linguagem.

14. Lógica, categoremas, sincategoremas e linguagem: natural e lógica.

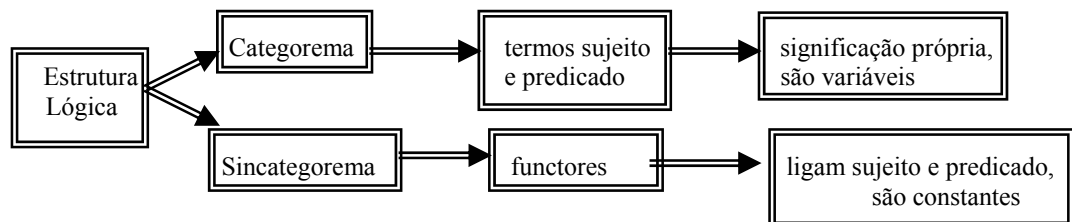
A lógica tem uma linguagem própria que não se confunde com a linguagem natural. Quando se despem os símbolos lingüísticos de seus conteúdos materiais aparentemente resta um algoritmo sem qualquer significação. Entretanto, isso não ocorre, pois restarão as significações estruturais da forma lógica. E de acordo com o papel sintático que cada símbolo exerça pode classificar-se como um *termo-sujeito*, um *termo-predicado*, um *quantificador* ou um *functor*.

Os termos de uma estrutura lógica, de acordo com o local e função que ocupam, são concebidos como *categorias sintáticas*. Estas se subdividem em categoremas e sincategoremas. Os categoremas são os termos-sujeito ou termos-predicado, por isso não podem unir ou ligar proposições. Eles têm significação por si mesmos. Já os sincategoremas servem para ligar os termos-sujeito e predicado. São categoremas as expressões: todo, ou, se, é, então, etc. O fato é que é impossível construir uma estrutura lógica apenas com categoremas ou apenas com sincategoremas. Os símbolos lógicos, como quaisquer outros, designam alguma coisa ou objeto existente no mundo dos fatos ou das idéias, mas a designação de cada símbolo lógico não coincide com os signos da linguagem natural. Husserl falava numa “gramática lógica pura”, porque há tantas sintaxes quantas

gramáticas houver, mas as leis de composição de uma sintaxe lógica não emanam da experiência. Vilanova, então, concebe, pelos menos, duas espécies de linguagens¹⁰⁰:



E a sintaxe da estrutura lógica pode-se assim ser retratada:

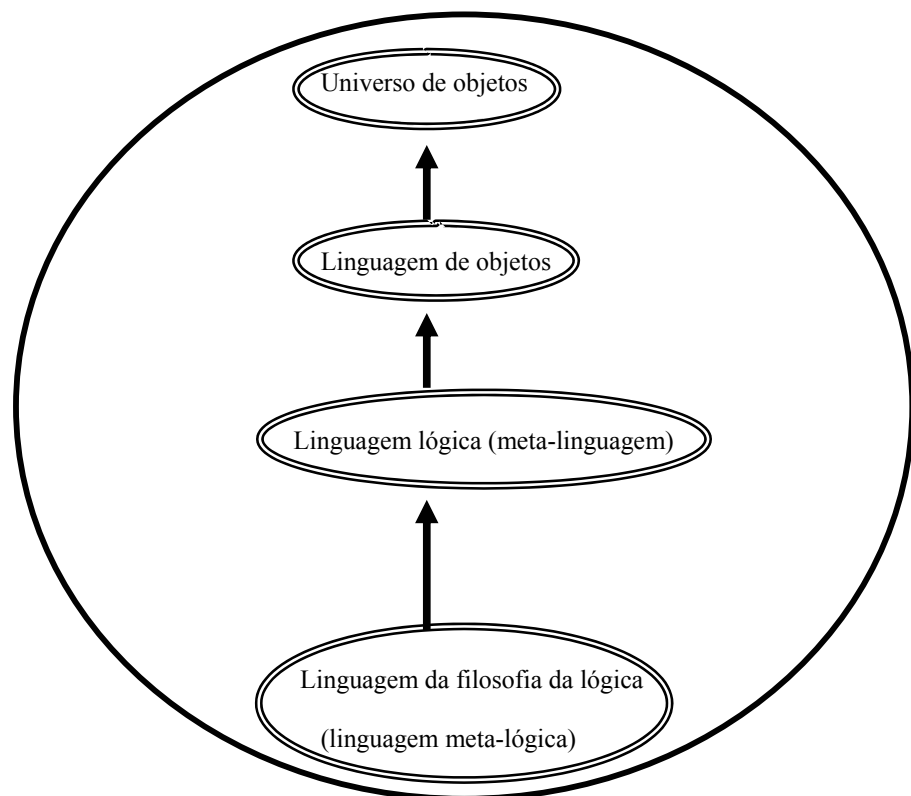


O que distingue a linguagem lógica da linguagem natural não é apenas o fato de ela poder ser escrita de forma algébrica, mas sim o fato de que ela será sempre uma linguagem que conduz ao formal, ainda que escrita em linguagem natural. Ela não compõe uma série conjunta com a linguagem natural que designa objetos do mundo. A linguagem lógica é uma *sobre-linguagem*, está fora do conjunto das linguagens-objeto, sem que os seus símbolos deixem de designar alguma coisa, todavia. Há, na verdade, uma linguagem lógica de terceiro nível, ou seja, uma linguagem que fale a respeito ou sobre a linguagem

¹⁰⁰ Apud HUSSERL. O tema das constantes e variáveis das formas lógicas é retomado em *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*, p. 46-7.

lógica. Nas palavras de Vilanova: “onde há uma linguagem, cabe falar sobre ela, convertendo a linguagem de que se fala em linguagem-objeto e aquela com a qual se fala em meta-linguagem”.^{101 102}

Temos, então, o universo de objetos (real ou psíquico). Sobre este universo incide, diretamente, a linguagem dos objetos do mundo (linguagem natural ou científica). Partindo desta linguagem natural ou científica tem-se a linguagem lógica (meta linguagem, então). E tem-se ainda uma outra linguagem que incide sobre a linguagem lógica que é a filosofia da lógica (linguagem meta-lógica). Veja-se que a linguagem lógica é meta linguagem em relação à linguagem descritiva do universo de objetos. E veja-se, também, que a linguagem filosófica da lógica é meta-meta-linguagem, porque é meta-lógica. Seguindo o raciocínio de Vilanova podemos assim esquematizar essa estrutura:



O ponto de partida para a *experiência* das estruturas lógicas é a *experiência* da linguagem que descreve o universo de objetos, desinteressando se tais objetos sejam ou não

¹⁰¹ VILANOVA. *Lógica jurídica*, p. 50-2.

¹⁰² Este tema é retomado em *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*, p. 55-8.

reais (fáticos).¹⁰³ Observe-se que uma mesma e única linguagem pode ser usada em planos ou níveis diferentes. Explicando: num nível usa-se a linguagem para designar as coisas em si mesmas; noutro, usa-se a linguagem no sentido de linguagem-instrumento. Assim, a expressão “Paris” tanto pode designar a capital da França quanto pode designar um dissílabo. Como explica Vilanova, socorrendo-se de Quine, no primeiro sentido “Paris” significa um ente do mundo, no segundo designa a si mesma enquanto vocábulo.¹⁰⁴ Mas note-se que, num caso ou noutro, designa objetos.¹⁰⁵

Para a linguagem que fala das propriedades das coisas outorga-se um grau de potência 0 (zero) e para a linguagem que fala dessa linguagem material confere-se um grau de potência 01 (um), e, para a linguagem que fala dessa linguagem de potência 01, dá-se um grau de potência 02 (dois). Através desse plano hierárquico alcança-se o *formal-lógico*. Observe-se que dentro de cada nível hierárquico uma única linguagem não é capaz de falar de si mesma, exceto se funcionar, ao mesmo tempo, como linguagem-objeto e meta-linguagem. Aqui se percebe o detalhe apontado por Losano no sentido de que o rigorismo exigido pela lógica importava em sair das limitações da linguagem comum.¹⁰⁶ Vejamos agora a linguagem sob o aspecto cibernético.

15. Linguagem e simbologia sob o ponto de vista cibernético e computacional.

O mecanismo que viabiliza o uso do computador voltado para a experiência jurídica requer uma linguagem compreensível à máquina, apropriada para a execução bem sucedida do processamento eletrônico de dados jurídicos. Torna-se imprescindível proceder-se à formalização dos problemas jurídicos numa linguagem compreensível à

¹⁰³ VILANOVA. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*, p. 39. Estabelecendo a delimitação entre esses planos veja-se CASTRUCCI, op. cit. p. 09.

¹⁰⁴ VILANOVA. *Lógica jurídica*, p. 54.

¹⁰⁵ LOSANO, op. cit. p. 33.

¹⁰⁶ VILANOVA. *Lógica jurídica*, p. 57.

máquina. Para Wiener a linguagem, em certo sentido, designa a própria comunicação.¹⁰⁷ O problema da comunicação, por sua vez, segundo Warren Weaver, é situado em três níveis: o primeiro deles, chamado de nível técnico, tem a função de aclarar seguramente o modo de transmissão dos signos; o segundo plano, perquirirá se as mensagens transmitidas através de símbolos, logram, ou não, a significação pretendida; o terceiro, refere-se à eficácia, ou seja, a produção de efeitos da mensagem na conduta do destinatário.¹⁰⁸

A linguagem humana pode ser distinguida da dos demais seres vivos especificamente pelo fato de os humanos usarem um código mutável com características de complexidade, cujo grau de arbitrariedade é deveras alto. Na linguagem animal sua limitação é fixada de acordo com a espécie, sendo historicamente imutável.¹⁰⁹ Wiener também subdivide a linguagem humana em três níveis: no primeiro, estaria a linguagem falada comum, correlacionando-se diretamente com o aparelho auditivo e a parte do cérebro que está em contato permanente com o ouvido interno, representando o aparelho de vibrações sonoras, ou o seu equivalente em circuitos elétricos, ou seja, estaria descrevendo a máquina relacionada ao circuito fonético da linguagem com o próprio som; o nível segundo corresponde à semântica, aspecto relacionado com o significado. O aparelho de recepção semântica ao receber impulsos comunicativos, não traduz palavra por palavra, mas idéia por idéia - é oportuno salientar que os chamados computadores inteligentes já processam informações dessa maneira; o terceiro nível da comunicação corresponde à tradução, abrangendo os outros dois: semântico e fonético. A esse mecanismo Wiener chama de *nível de comportamento de linguagem*, que permite a uma pessoa ter acesso ao pensamento íntimo de outra apenas pela observação de suas ações. Estas ações, por seu turno, dividem-se em duas partes: a primeira consistindo em ações abruptas, oblíquas, também observadas nos animais; a segunda, vincula-se ao sistema codificado e simbólico traduzido na linguagem falada ou escrita.¹¹⁰

¹⁰⁷ WIENER. *Cibernética e sociedade - o uso humano de seres humanos*. Tradução por José Paulo Paes. Original em inglês: *The human use of human beings*. 5. ed. São Paulo: Cultrix, 1993, p. 73.

¹⁰⁸ WEAVER, ap. GARCIA, Dinio Santis. *Introdução à informática jurídica*. São Paulo: USP -Universidade de São Paulo, 1976, p. 46.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 46.

¹¹⁰ WIENER, op. cit. p. 74 e 75.

A linguagem em sentido estrito - falada e escrita - é peculiar ao ser humano. É própria do homem não como homem apenas, mas como membro de uma comunidade social e específica: “a linguagem é o maior interesse e a consecução mais característica do homem”.¹¹¹ Alerta-se que para fins de controle cibernético a informação semanticamente significativa, tanto na máquina quanto no homem é aquela capaz de propulsionar o mecanismo ativador do seu sistema. Assim, a semântica sob o aspecto cibernético vai definir a extensão do correspondente significado e controlar a perda num determinado sistema de comunicações.

As associações realizadas pela máquina e pelo cérebro humano assemelham-se no fato de que ambos decidem fundamentados nas deliberações realizadas em momentos anteriores. A condução ou não de determinado impulso, tanto pela máquina quanto pelo sistema nervoso, acerca de decisões futuras são tomadas com base em experiências passadas, sendo a sinapse no homem, e o dispositivo comutador na máquina, os mecanismos que para Wiener fundamentam o estudo analógico entre computador e homem.¹¹²

A linguagem computacional, assim como a humana, baseia-se em símbolos, que por um princípio analógico, evoca, representa ou substitui determinada coisa num determinado contexto. A compreensão dos sinais, por sua vez, só se torna possível quando se tem conhecimento prévio dos respectivos sistemas codificador e decodificador. Como diz Penzias, todo e qualquer uso e aplicação da informação depende dos símbolos. Estes representam a matéria-prima que tanto pessoas quanto computadores dependem e servem-se para lograr *informação*. O sistema de símbolos criados pelo homem correlacionava-se com objetos tanto quanto convenientemente possíveis, a exemplo daqueles que derivaram do uso dos dedos das mãos para contar, ou a toca de tambores utilizada na comunicação. Nesse estado primitivo a correlação que havia entre símbolo e objeto ou significado por ele representado, não decorreram nem correspondiam às respectivas características, ao contrário do que acontece com o cérebro humano que possui sua própria associação simbólica com absoluta correspondência entre símbolo e objeto

¹¹¹ Ibidem, p. 80 e 84.

¹¹² Ibidem, p. 80 e 84.

representado: “*De facto, palavras, números e figuras já haviam sido inventados muito antes de sequer alguém saber, com segurança, da existência de um cérebro*”.¹¹³

O que se pretende dizer com isso é simplesmente que um determinado animal, um cavalo, por exemplo, pode ser, ou não, representado por uma figura que descreva o estereótipo daquele quadrúpede. Em nível cerebral, no entanto, é o próprio cérebro que efetua tal associação, prescindindo da vil capacidade compreensiva de nossa mente consciente, criando e manipulando seus próprios símbolos à medida que obtém, processa e armazena determinada informação de maneira sensorial. Com os computadores o uso dos símbolos na linguagem de programação, a princípio, representavam designações incompreensíveis para um ser humano leigo em informática, até que, com a evolução das linguagens, foram substituídos por palavras.

16. Experiência jurídica *feed back* e modelismos.

A linguagem cibernética, demonstra Perez Luño, constitui-se no elo entre os processos funcionais eletrônicos e a práxis jurídica. Sua exeqüibilidade no plano da experiência jurídica, entretanto, exige a observância de dois pressupostos: a aplicação do método do *feed-back*; e a explicação do fenômeno jurídico baseada em teorias modelísticas.

No primeiro, a estrutura jurídica deve obedecer a um sistema de *feed-back*, ou retroação, que, como já vimos, permite tornar previsível um comportamento futuro com base na análise das ações pretéritas. A atividade jurídica, pois, seria considerada como atividade reflexa, onde a cibernética apresenta-se como um modelo explicativo da experiência jurídica em sua dinamização. O segundo pressuposto reside na possibilidade de o *direito* poder ser explicado recorrendo-se a modelos formais, ou seja, estruturas, chegando-se, mediante essa reflexão, ao ponto de confluência através de apreciações sincrônicas entre a filosofia da estrutura (estruturalismo) e a cibernética, como instrumentos

¹¹³ PENZIAS, Arno. *Idéias e informação*. Traduzido por Jorge Casimiro. Lisboa: Gradativa, 1992, p. 42.

mais recentes do desenvolvimento da metodologia jurídica. Esta segunda assertiva arrima-se, ainda, na consideração de que a cibernética não se constitui num sistema fechado, acabado e autônomo, mais sim, representa o fundamento teórico de qualquer sistema suscetível de assumir um caráter cibernético.¹¹⁴ E o método para a elaboração de um modelo cibernético basear-se-ia na redução a um princípio fundamental de caráter formal e abstrato de todas as possibilidades dinâmicas de um dado sistema.¹¹⁵

A experiência jurídica é de tal forma dinâmica que a noção cibernética de *feed-back*, tomado o modelo proposto por Charles H. Sheldon, com o intento de interpretar o sistema judicial, especificamente para a elaboração de uma sentença, demonstra que ela resulta de uma recíproca interferência entre quatro esferas que se interagem: o meio ambiente, os litigantes, os advogados e os juízes. Assim, na dinâmica do processo judicial o *feed-back* não estaria presente apenas no momento da prolação da decisão, mas estende-se à própria estrutura do processo em suas respectivas fases: petição inicial, contestação, dilação probatória, etc.¹¹⁶

¹¹⁴ Sobre os sistemas cibernéticos tivemos a oportunidade de no item 4.3, do capítulo 04 de nosso *O direito cibernético: um enfoque teórico e lógico-aplicativo*, Renovar, assinalar o seguinte: “Losano distingue os sistemas em **ideais e materiais**. Aqueles contêm proposições descritivas interligadas entre si através de regras da lógica clássica. Por descreverem a realidade de forma orgânica, são considerados como modelos de sistemas reais e quanto mais abstratos maior será a quantidade de sistemas reais por eles explicável. Os sistemas materiais são conjuntos de elementos vários, que vão do sistema atômico ao solar, do sistema nervoso ao social. Sistema, para Anatol Rapport, é algo consistente num conjunto de elementos, finitos ou infinitos, onde partindo-se do estudo das relações que mantêm entre si é possível deduzir o comportamento do mesmo. Dentre os vários conceitos de **sistemas**, ressaltou-se a classificação de Stafford Beer que os distingue em probabilísticos e determinísticos. Baseando-se no conceito de Beer, Limongi França considera probabilístico o sistema que não fornece uma previsão detalhada de seu funcionamento. No determinístico, ao contrário, sua dinâmica é plenamente previsível inexistindo qualquer ceticismo quanto a mesma. Santis Garcia também fazendo referência a Beer, acrescenta ao sistema probabilístico a denominação estocástico - aleatório – isto é, a previsão de seu comportamento futuro somente pode ocorrer de forma probabilista. Determinístico é o sistema no qual seus elementos interagem de maneira totalmente previsível, sendo sempre factível prever sem equívoco o estado seguinte. Aclarando a dissimilitude entre estas duas espécies, Beer invoca os exemplos da máquina de costura e do cão. Com a máquina a previsão de seu futuro comportamento é sempre possível, ou seja, acionado o mecanismo de seu funcionamento a agulha subirá e descenderá, logo, no contexto, identificar-se-á como um sistema determinístico. Com o cão a situação se modifica, pois quando lhe é oferecido um osso é provável que ele o aceite, no entanto, é também possível que em vez disso tente se afastar ou fique agressivo. Sob esta óptica será considerado como um sistema probabilístico. O mesmo animal, porém, pode também ser considerado como um sistema determinístico, se o enfoque se voltar para a possibilidade de ele vir a coçar-se.

¹¹⁵ LUÑO, op. cit. p. 83.

¹¹⁶ SHELDON, ap. LUÑO, op. cit. p. 55.

17. Linguagem computacional: de baixo nível, de montagem e de alto nível. A superação da restrição simbólico-binária.

Passando agora para o enfrentamento da linguagem computacional, percebe-se que a linguagem de programação consiste num conjunto de notações para criar programas capazes de se comunicar com o elemento físico do computador, determinando-lhe os comandos adequados para a execução de processos pré-determinados. Ela subdivide-se em: *de baixo nível*, ou linguagem de máquina; *de montagem*, ou *assembly*; e *linguagens avançadas*, ou *de alto nível*.¹¹⁷ A linguagem de máquina, ou de baixo nível, caracteriza-se por ser a única que o computador entende diretamente. Utiliza o alfabeto binário, composto por dois únicos símbolos: **0** e **1**, denominados BITS (abreviação da língua inglesa de **binary digit**).¹¹⁸ Foi a primeira a ser utilizada na programação de computadores, no entanto, fora abandonada ante sua complexidade e quantidade de erros que possibilitava, sendo substituída por outras mais eficazes e compreensíveis no aprendizado e utilização.

A linguagem de máquina - baixo nível - foi substituída pela *de montagem* ou *assembly*, na primeira tentativa de aproximar a linguagem utilizada pelo computador com a humana. Os bits foram substituídos por palavras mnemônicas, ou seja, associando aquilo que deve ser memorizado com dados ou símbolos já conhecidos.¹¹⁹ A linguagem *assembly*, no entanto, apresentava vários dos problemas inerentes à linguagem de máquina, o que somente foi solucionado pelas linguagens avançadas ou *de alto nível*.

¹¹⁷ LANCHARRO, FERNANDEZ & LOPEZ. *Informática básica*. Traduzida por Sérgio Molina. São Paulo: Markron Books, 1996, p. 152.

¹¹⁸ Sobre a aplicação do sistema binário ao direito, consulte-se: ARAÚJO, Tomaz. Cibernética sistema do direito – considerações. *Comunicação Instituto dos Magistrados do Brasil*. Do mesmo autor: A cibernética e o sistema do direito (II) - Uma incursão aos fenômenos binários. *Comunicação Instituto dos Magistrados do Brasil*.

¹¹⁹ A linguagem *Assembly* apresentava, segundo LANCHARRO, FERNANDEZ & LOPEZ a maioria dos inconvenientes da linguagem de máquina, dentre os quais enumera os seguintes:

- “Cada modelo de computador possui uma linguagem de montagem própria diferente da dos outros, restringindo-se, assim, a utilização de um programa à máquina para a qual foi programado.
- O programador deve conhecer perfeitamente o hardware do equipamento, já que lida diretamente com as posições de memória, registros do processador e demais elementos físicos.
- Todas as instruções são elementares, isto é, todas as operações que deverão ser efetuadas na máquina para a realização de qualquer processo devem ser escritas no programa com o máximo detalhamento”. Vide op. cit. p 152 a 156.

As linguagens de alto nível conseguiram finalmente tornar-se independentes em relação ao *hardware*, viabilizando a utilização de um mesmo programa em diferentes equipamentos, através do uso de programas compiladores, prescindindo-se do conhecimento do *hardware* específico do equipamento. Os programas compiladores ou tradutores tornam factível a execução de softwares em linguagem binária de máquina, de baixo nível, tendo como entrada um programa escrito em linguagem simbólica: programa-fonte, e como saída um equivalente escrito em linguagem compreensível para o *hardware*. A doutrina informática concebe três espécies de programas tradutores: os chamados *programas montadores*, capazes de transformar programas escritos em linguagem simbólica de baixo nível - ou seja, em linguagem incompreensível aos leigos de informática, mas ainda não executáveis porque requerem compatibilidade com a linguagem específica em que a máquina computacional opera, também de máquina, mas dela distinta -, em programas-objeto, escritos em linguagem de máquina e executáveis diretamente pelo *hardware*; os denominados *programas compiladores*, encarregam-se de transformar programas do usuário escritos em linguagem simbólica de alto nível em programas-objeto escritos em linguagem de máquina. Dentre as linguagens simbólicas existem algumas que apesar de serem consideradas de alto nível impescindem de compilação cibernética; por fim, temos os programas cognominados de *interpretadores* e que colimam transformar programas do usuário escritos em linguagem de alto nível em programas-objeto escritos em linguagem de máquina. Este programa é capaz de transformar as instruções em linguagem de máquina, sem esperar pela tradução da instrução seguinte, executando-se imediatamente a que acabou de ser traduzida.¹²⁰

As linguagens computacionais de alto nível têm ainda a vantagem de se aproximar da linguagem humana, tornando possível a escrita do programa em linguagem natural, eliminando muitos dos erros verificados nas linguagens de máquina e nas de montagem. Os símbolos que impossibilitavam a compreensão de seus reais significados, salvo pelos técnicos especializados em informática, foram finalmente substituídos por palavras.¹²¹ Isto significa que atualmente não mais existem as limitações decorrentes da

¹²⁰ LANCHARRO, FERNANDEZ & LOPEZ, op. cit. p, 194 e 195.

¹²¹ Além dessas vantagens, acrescente-se a inclusão de: “rotinas de uso freqüente como as de entrada e saída, funções matemáticas, manipulação de tabelas, etc. que figuram numa espécie de biblioteca de

linguagem binária, como ocorria na época loevingeriana, isto significa que a linguagem que os computadores modernos são capazes de compreender é idêntica à linguagem humana não havendo mais que se falar em qualquer restrição no uso da linguagem cibernética ao direito. As linguagens de **baixo nível**, afirmamos acima, foram substituídas por linguagens mais modernas que prescindiram do uso do **binary digit**, adotando mnemônios. O leitor menos avisado poderia pensar por conta desse elóquio, que, em algum momento, estivéssemos afirmando que os computadores atuais independem do sistema binário, no uso interno da máquina. Não foi isso o que asseveramos! O alfabeto binário, esclareça-se, foi substituído por mnemônios, apenas no referente ao *software*. No entanto, o sistema de numeração utilizado **internamente** pelos computadores atuais, ou seja, pelo *hardware*, continua, com sucesso, sendo o sistema binário.

Não obstante isto, o fato é que a tecnologia evoluiu de tal forma que a cibernetização do direito não mais sofre as limitações da linguagem binária. Atualmente é plenamente possível traduzir toda a prática judiciária através da linguagem computacional moderna sem as restrições inerentes às linguagens de baixo nível. Isto significa que a cibernetização, por si só, não mais implica numa redução do fenômeno jurídico, mormente quando a linguagem computacional compatibiliza-se com a utilização de uma lógica de vários valores, como demonstramos acima.

* * *

O próximo capítulo será dedicado à apresentação da tecnologia que proporcionará uma nova concepção de processo e de direito processual, estudar-se-á a informática, a telemática e a cibernética, para, em seguida, partirmos para a comprovação da existência de um novo direito: o direito cibernético. Esta passagem apresentou-se-nos necessária por três ordens de razões: porque a proposição de uma TGP tecnológica exige o

linguagem, de forma que possam ser utilizadas sempre que se desejar sem necessidade de programá-la novamente.” LANCHARRO, FERNANDEZ & LOPEZ, op. cit. p. 155.

domínio das teorias que colimam explicar a tecnologia e juridicizar o fenômeno de sua aplicação ao direito; porque iremos propor uma principiologia para tentar caracterizar definitivamente a cientificidade do direito cibernético; porque na terceira seção da tese necessitaremos destas noções para teorizarmos uma nova forma de processo e, conseqüentemente, do respectivo direito que o regula.

CAPÍTULO 02

INFORMÁTICA, TELEMÁTICA E CIBERNÉTICA. DIREITO: INFORMÁTICO, TELEMÁTICO E CIBERNÉTICO.

1. A informática: em sentido amplo, restrito e próprio.

A expressão ‘*informática*’ decorre da junção das palavras “informação” e “automática”, atribuída, com certa imprecisão, a Philippe Dreyfus, pois há quem impute sua autoria a Karkevitch e a Dorfman.¹²² Já para Birrien ‘*informática*’ resultou da união de *informação e eletrônica*, que também ocorrera na França. Como esta expressão (*informática*) não era conhecida na língua inglesa, os britânicos adotaram a dicção: “*Data-processing*” para designar o fenômeno da informação automática, sendo mais tarde substituída por “*Computer Science*”.¹²³ Não se deve, porém, confundir os conceitos de *informática* com o de *ciência da computação*, isto, segundo Charles Berthet e Wladimir Mercoureff, corresponderia a confundir a guerra com a balística. Uma coisa é a máquina computacional em si mesma, outra é a destinação de seu uso através de uma análise dos problemas a serem resolvidos.¹²⁴

Em 1980 um Decreto editado na França conceituou a *informática* como “*A ciência do tratamento racional, notadamente por máquinas automáticas, da informação considerada como suporte dos conhecimentos humanos e das comunicações nos domínios técnico, econômico e social*”.¹²⁵ Este conceito acrescenta ao de Dreyfus a exigência do tratamento automático da informação, isto é, mediante máquinas automáticas, aspecto não enfocado anteriormente. No mesmo sentido Losano aproxima sua definição de *informática* da “*informatio retrieval*”: técnica americana que objetiva a recuperação de dados não-

¹²² GARCIA, op. cit., p. 198. Atribuindo a Dreyfus a autoria da expressão, encontramos FROSINI, Vittorio. *Cibernetica, diritto e società*. 4. ed. Milão: Edizione de Cumunità, 1978, p. 175.

¹²³ LANCHARRO, FERNANDEZ & LOPEZ, op. cit., p. 05. Como tivemos oportunidade de demonstrar em nossa dissertação de mestrado, a *informática* fora concebida, a princípio, em duas diferentes acepções: **na primeira**, o russo Mikhailov a definiu como: “*a disciplina científica que investiga a estrutura e as propriedades (mas não o conteúdo concreto) das informações científicas, bem como as regularidades da informação científica, sua teoria, história, metodologia e organização. O objetivo da informática consiste em desenvolver métodos e meios ótimos de apresentação (registro), coleção, processamento analítico - sintético, armazenagem, recuperação e disseminação da informação científica*”; **na segunda**, Francis Scheid, vislumbrou a *informática* num sentido estrito, correspondente à “*computer science*”, abrangendo a utilização de aparelhos computacionais para processamento de dados. SCHEID, ap. GARCIA, Dinio de Santis, op. cit., p. 198.

¹²⁴ BERTHET e MERCOUROFF, ap. GARCIA, Dinio de Santis, op. cit., p. 199.

¹²⁵ O texto original tem a seguinte redação: “*La science du traitement rationnel, notamment par machines automatiques, de l’information considérée comme support des connaissances humaines et des communications dans le domaines technique, économique et social*”. Confira-se BAPTISTA, Luiz Olavo. Direito e informática. Reflexão sobre novas fronteiras. *Revista de Direito Público*, São Paulo, 1986, p. 159.

numéricos através do computador, bem como o estudo de métodos de elaboração eletrônica aplicados ao material documental.¹²⁶

Disto pode-se concluir que num sentido amplo a informática designa uma técnica de tratamento da informação que prescinde do computador. Todavia, o seu sentido próprio e atual não mais se compatibiliza com o anterior porque não mais dispensa a intervenção do computador. É inconcebível falar-se de informática em era de revolução tecnológica dissociando-a do tratamento eletrônico da informação, mesmo sem deixar de correlacioná-la com alguma técnica documentária.¹²⁷ A informática em sentido próprio, portanto, representa um ponto de intersecção entre a definição restrita que a adstringe exclusivamente ao computador eletrônico, e a ampla que a entende como uma disciplina científica que estuda a estrutura e as propriedades – mas não o conteúdo concreto – das informações científicas, cuidando de suas leis, sua teoria, sua história e organização, tal como definira o Manual Russo *Osnovy Informatik*.¹²⁸

A *informática em sentido próprio* surge como ponto de intersecção entre esses dois conjuntos, como já dito. Ora, sendo o primeiro conjunto o da *informática* concebida como documentação geral (em sentido amplo) e o segundo como processamento eletrônico (em sentido restrito), a *informática em sentido próprio* corresponde à parte comum aos dois. Assim, ocupa-se e estuda apenas o processamento eletrônico da informação na medida em que esteja correlacionado com determinado tipo de técnica documentária. Atualmente convergem nesta mesma direção, tanto russos quanto americanos. Recentemente a *informática* foi apresentada como um setor da documentação geral, chegando o dicionário russo de terminologia da informação a defini-la como: “*Um ramo da ciência que estuda as regras para a coleta, processamento, conservação, recuperação e disseminação da informação científica e que organiza de forma ‘ótima’ a atividade informativa com base nos modernos meios técnicos*”.¹²⁹

¹²⁶ GARCIA, Dinio Santis, op cit., p. 200.

¹²⁷ LOSANO. *Informática jurídica*, p. 220.

¹²⁸ Ibidem, p. 221.

¹²⁹ Ibidem.

Não fosse a referência aos “modernos meios técnicos” esta definição poderia também ser usada para a *informática documental* tradicional. A enunciação soviética não difere muito da americana, segundo a qual a *informática* deveria “*encontrar meios para armazenar, conservar, analisar, indexar, resumir, traduzir e interpretar da melhor forma possível a informação científica*”.¹³⁰ A informática quando aplicada ao *direito* será denominada de *informática jurídica*, esta, a seu turno, irá constituir parte integrante do *direito informático*, que se ocupa das repercussões teóricas decorrentes deste fenômeno, sendo, por sua vez, abrangido pelo direito cibernético cujo espectro envolve-lhe. Vejamos primeiramente o que se deve entender por informática jurídica.

2. A informática jurídica: de gestão (ofimática); de registros (documental); de decisão (metadocumental); de ajuda à decisão.

A informática jurídica é uma disciplina bifronte na qual se entrecruzam uma metodologia tecnológica com seu objeto jurídico, que, por sua vez, condiciona as próprias possibilidades ou modalidades da aplicação dos recursos tecnológicos ao *direito*. A aplicação da informática geral ao fenômeno jurídico tem sempre por objeto de estudo o emprego dos computadores eletrônicos ao *direito* unido aos pressupostos e conseqüências desta utilização, podendo ser entendida em dois diferentes sentidos. No âmbito do primeiro, nos Estados Unidos, privilegiou-se o estudo automático das sentenças, assemelhando-se a *computer science*, já que objetivou a automação da administração pública ou de procedimentos regulados pelo *direito*. Na Europa priorizou-se a documentação jurídica, incluindo-se leis, sentenças e doutrina. Neste sentido a *informática jurídica* tem por objeto a criação de dados jurídicos.¹³¹

A classificação da *informática jurídica* varia conforme o ponto de vista pessoal dos juristas. Considerando as várias espécies existentes, propomos em nossa dissertação de

¹³⁰ Ibidem.

¹³¹ Este aspecto da *Informática jurídica* fora aventado por LUÑO. *Manual de informática y derecho*. Madrid: Ariel, 1996, p. 22.

mestrado sua ordenação em *informática jurídica*: de gestão ou operacional; de registros ou documental; de decisão ou metadocumental; e de ajuda à decisão.¹³²

A *informática jurídica de gestão* compreende o estudo da mecânica, do funcionamento das repartições, escritórios e gabinetes jurídicos, tendo por fim a aplicação dos princípios informáticos a toda e qualquer atividade jurídica de trabalho físico-material.¹³³ Assim considerada a informática jurídica logrou um desenvolvimento mais decidido nos últimos anos, recebendo também a denominação de *ofimática ou burótica*, o que consistiu numa tentativa de traduzir a expressão inglesa “*Office Automation*”. Sob esses rótulos abarcam-se todos os avanços tendentes à automação das tarefas rotineiras da vida prática do direito verificadas em qualquer ambiente jurídico como: tribunais, juízos, escritórios de advocacia, *etc.* Visa a realizar, através de suportes informáticos ou telemáticos, operações destinadas a receber e transmitir qualquer tipo de comunicação: leitura e escritos de textos jurídicos; formação, organização e atualização de arquivos e registros; exigir e receber pagamentos, *etc.*¹³⁴

Os avanços da Ofimática - *informática jurídica de gestão* – permitiram, quanto ao gerenciamento da justiça e também de escritórios de advocacia, uma automação de todas as operações que obedecem a determinadas normas rotineiras, regulares e constantes, na forma de redação, contabilidade, comunicação e certificação, visando a uma uniformização e também a uma celeridade nos despachos e decisões judiciais. Isto significa um ganho de tempo e o excedente pode ser empregado numa atividade jurídica criadora, ou que exija a iniciativa pessoal, ou ainda naqueles processos que para serem decididos exigem do magistrado um estudo mais aprofundado.¹³⁵

A *informática jurídica de registros ou documental* ocupa-se com todos os tipos de registros, sejam eles públicos ou privados, visando a facilitar aos diferentes usuários o acesso de todos os registros oficiais com muito mais rapidez e facilidade que os meios tradicionais facultavam. São exemplos: os registros de apenados, atos de última

¹³² PIMENTEL, Alexandre Freire. *O direito cibernético: um enfoque teórico e lógico-aplicativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. Sobre o assunto veja-se o capítulo VII desta obra.

¹³³ AZPILCUETA, op. cit., p. 53-54.

¹³⁴ LUÑO. *Manual de informática y derecho*, p. 23.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 23.

vontade, registro civil, registro da propriedade imobiliária, intelectual, *etc.* Permite ainda a facilitação de trabalhos complementares como registro de dados estatísticos, eliminação de documentos escritos, dentre outros.¹³⁶

Esta conceituação foi elaborada por Azpilcueta, mas Perez Luño oferece-nos outra mais abrangente segundo a qual a *informática jurídica documental* seria a ambiência da *informática jurídica*, cujo objeto se constitui na automação dos sistemas de informação correlacionados com as fontes do conhecimento jurídico: legislação, jurisprudência e doutrina. Trata-se de poderoso instrumento mitigador do problema da *inflação normativa*, que se constitui numa das características das sociedades tecnologicamente avançadas. É que o fluxo incessante de leis e decisões judiciais, cujo conhecimento é imprescindível para o jurista, mormente quando o problema for o da interpretação e aplicação do *direito* vigente, resta deveras dificultado pela excessiva produção legislativa e por decisões judiciais controvertidas. O excesso de informação jurídica importa em falta de transparência ao sistema normativo, pressuposto básico da certeza do *direito*, e que torna o *direito* positivo inacessível para os próprios especialistas. Essa crise da informação e documentação nas sociedades modernas somente poderá ser combatida com o emprego da tecnologia informática e dos sistemas de telecomunicação. Só assim o profissional do *direito* poderá restabelecer o equilíbrio entre o incessante fluxo de dados jurídicos e sua capacidade de assimilá-los e aproveitá-los.¹³⁷

A **informática jurídica de decisão** consiste na aplicação do método informático ao direito com o fim de obtenção de decisões judiciais pelo próprio computador. É considerada pela doutrina como a mais problemática subespécie da *informática jurídica*, deve, pois, ser bem compreendida para não se pensar que representa uma proposta de automatismo cibernético das decisões judiciais. Visa, na verdade, a estabelecer determinadas pautas em hipóteses cujo trabalho intelectual é substituído por um labor repetitivo e rotineiro, facilitando a redação de modelos de decisões para o bem do próprio juiz e do funcionamento judicial.¹³⁸ Com efeito, existem inúmeros casos práticos aonde a decisão judicial é de tal forma tão simplificada que modelos de sentenças e de

¹³⁶ AZPILCUETA, op. cit., p. 54.

¹³⁷ LUÑO. *Manual de informática y derecho*, p. 22-23.

¹³⁸ AZPILCUETA, *Derecho informático*, p. 55 e 56.

despachos são necessários, não apenas para facilitar o trabalho do juiz, mas principalmente para que se possa com mais rapidez e segurança prestar a tutela jurisdicional a bem do jurisdicionado e da sociedade como um todo.

A *informática jurídica de decisão* é também denominada de informática jurídica **metadocumental**, vez que é integrada pelos procedimentos dirigidos à substituição ou reprodução das atividades do jurista, mais precisamente dos magistrados, auxiliando-lhes e oferecendo-lhes soluções práticas dos problemas jurídicos e não apenas dedicando-se a uma mera documentação informatizada. Hodiernamente uma das questões de maior expoente da *informática jurídica de decisão ou metadocumental* reside no uso da “*inteligência artificial*” na aplicação do direito, cuja amplitude abrange desde a compreensão de linguagens naturais até sons e imagens pelos computadores mais modernos, constituindo-se num instrumento habilitado para soerguer as profecias típicas da primeira fase da *informática jurídica*.¹³⁹

¹³⁹ A respeito das fases históricas da *Informática jurídica*, dedicamos o item 7.1 do capítulo 7 de nosso “*O direito cibernético: um enfoque teórico e lógico-aplicativo*”, vejamos: “*A história da Informática jurídica correlaciona-se com o desenvolvimento tecnológico da informática, ou seja, inicia-se com a difusão dos computadores eletrônicos nos Estados Unidos, com o término da Segunda Guerra Mundial, cuja origem formal denota-se na obra de Loevinger em 1949. Somente na metade da década de sessenta chega à Europa, onde seu marco inicial fora um congresso mundial de juízes, realizado em Genebra no ano de 1967.*¹³⁹ Outro símbolo inolvidável de seu prelúdio europeu, é o CREDOC (Centre de Documentation Automatique du Droit) considerado por Losano como o primeiro centro operativo de Informática jurídica da Europa, fundado na Bélgica em 1967. O percurso histórico da Informática jurídica pode ser subdivido em duas fases: a primeira, marcada pelo entusiasmo dos juristas informáticos, inicia-se em 1949 e vai até 1975; a segunda tem seu termo inicial a partir desta última data e perdura até os dias atuais, caracterizando-se, segundo alguns pela decepção, e consoante outros, pela marca do saneamento das falhas ocorridas anteriormente. Até meados de 1975, os juristas dedicados ao estudo da Informática jurídica, acreditavam entusiasticamente neste ramo do saber jurídico e em sua capacidade de solucionar os problemas oriundos do excesso de documentação jurídica. Como observou Steimüller, existiu uma época de euforia iniciada em 1970, exaurindo-se por volta de 1980, onde vicejou uma nova etapa nominada de fase de saneamento perdurando até hoje. Para Lothar Philips existiu uma fase de otimismo tecnológico até meados de 1975, sendo seguida por uma era de “pessimismo tecnológico”. Até 1975, a Informática jurídica exerceu sobre os juristas um fascínio, que somente veio a declinar quando os resultados práticos profetizados não aconteceram. Outro fator que norteou os estudiosos do direito para uma visão um tanto pessimista quanto ao futuro desta disciplina, é representado pelos supostos perigos sociais inerentes à informática. Especificamente pode-se mencionar o fato de sua impressionante capacidade de agregar e selecionar dados jurídicos, ter provocado nos juristas o temor de possibilitar a prosperidade de uma sociedade total e totalitariamente “controlável”. Como conseqüência, houve um desvio na preocupação do jurista para um estudo de como controlar o uso que o Estado e as empresas poderiam fazer com os dados pessoais fornecidos pelos cidadãos. Nesta fase surgem as primeiras leis de proteção de dados pessoais¹³⁹ e, com elas muitos juristas retomaram seus estudos sobre o direito. O jurista informático percebendo que não seria capaz de dedicar-se aos estudos informáticos para solucionar problemas jurídicos, por conta do

Tem-se ainda a **informática jurídica de ajuda à decisão** que é baseada no princípio de que o computador deve facilitar a informação adequada ao jurista, ajudando-o a decidir. Pressupõe o tratamento e a recuperação da informação jurídica através dos computadores nos tradicionais campos da jurisprudência e legislação.¹⁴⁰

Todas as atividades, trabalhos e distintas aplicações da “*máquina computacional*” à experiência jurídica em suas múltiplas manifestações como memorização e tratamento de informações, geram efeitos e relações jurídicas que em seu conjunto constituem-se no objeto do que se assentou nominar de **direito informático**, da mesma forma que o *transporte* das informações representa outro aspecto, cujas manifestações conformam o que alguns denominam de **direito telemático**. Já nos filiamos aos que entendem que a transposição da informação jurídica deve ser considerada também como objeto do *direito informático*, não havendo razão, dizíamos, para subdividi-lo em duas disciplinas distintas. Mas o progresso da telematização e sua inegável presença no cotidiano ocorrida nesses últimos cinco anos, exige agora uma nova reflexão. Pois bem, mesmo

progresso da informática geral que estaria a exigir-lhe uma dedicação completa e um aprofundamento ininterrupto das técnicas informáticas, sente o anseio de retornar às suas origens. O temor de no futuro termos uma sociedade excessivamente controladora, fora denominado por Igor Tenório como o “lado negro da Cibernética”, o professor da Universidade de Brasília chega a fazer referências aos filmes “Alphaville” e “1984”, onde predominava o controle das máquinas sobre os homens, servindo de advertência para todos nós. No entendimento de Wirt Peters à medida em que a revolução cibernética progride os meios de controle dos governos aumentam na mesma proporção, com indiscutível restrição e risco para liberdades individuais, constitucionalmente asseguradas. Podlech, jurista considerado por Losano como figura emblemática das duas fases que a Informática jurídica europeia viveu nos seus trinta anos de história, enriquecera sobremaneira os estudos especializados nesta área, mormente com sua proposta do uso de lógicas institucionistas, ou seja, capazes de operar sem o princípio do terceiro excluído - princípio lógico onde determinada proposição pode ser apenas verdadeira ou falsa, sem admitir um valor intermediário. Pugnava pelo uso de uma lógica trivalente, obtendo grande aceitação na seara da inteligência artificial, contribuindo ainda para separar a Informática jurídica europeia da Informática jurídica americana. No entanto em 1976, Podlech afastava-se da Informática jurídica passando a outros a continuação de seus estudos, para dedicar-se a pesquisas medievaisistas. Nos anos noventa a informática firmou-se como uma tecnologia madura, podendo-se constatar que os erros cometidos no passado na automação documentária, foram motivados por equívocos organizacionais. Como já foi dito, a mera aquisição de computadores por si só não resolve problema algum, podendo inclusive, piorar a situação fática existente”. Vide PIMENTEL, Alexandre, op. cit.,.

¹⁴⁰ AZPLICUETA, op. cit., p. 56.

Mas apesar dessa classificação Mario Saquel, por exemplo, considera a *Informática jurídica de ajuda à decisão*, como sinônimo da *Informática jurídica documental*: “*Informática jurídica de ayuda a la decisión o Informática jurídica documental, trata el procesamiento de la información jurídica, es decir, legislación, doctrina y jurisprudencia, en soportes computacionales, para su posterior recuperación. Se denomina de ayuda a la decisión, porque sólo sobre la base de una adecuada información, el profesional del Derecho podrá optar válidamente entre las distintas alternativas que un problema jurídico le plante*”. Cfira-se SAQUEL, Mario. *Ciência da informação*, Home Page: <http://www.chilepac.net/msaquel/2htm>.

admitindo que a telematização tende a crescer cada vez mais, e apesar de nos parecer melhor continuar a designar o fenômeno em pauta sob a rubrica de um só saber, cremos que ela deve sofrer alteração. Para deixar mais bem realçado o aspecto do tele-transporte cibernético da informação jurídica passamos a adotar a nomenclatura: *direito “teleinformático”*, porque aí estarão abrangidos tanto o transporte quanto o tratamento localizado da informação, bem como a juridicização daí proveniente, pois dificilmente poder-se-á nos dias atuais pensar num processamento de informações jurídicas que não tenha uma finalidade, ainda que mediata, de teletransportação. Enfim, deve-se sublinhar que o âmbito do direito *teleinformático* decorre e, ao mesmo tempo, restringe-se exatamente à regulação legal e doutrinária da aplicação do computador ao direito e do transporte da informação jurídica.

Vejamos agora a possibilidade de máquinas computacionais processarem informações jurídicas autonomamente, através de uma inteligência própria: a inteligência artificial.

3. Inteligência artificial e os sistemas *expertos*.

Para Luño a inteligência artificial consiste no conjunto de atividades informáticas que, se realizadas pelo homem, seriam consideradas produto de sua inteligência.¹⁴¹ Mas Helder Coelho diferencia a inteligência artificial da informática, em razão da diferenciada maneira de resolução de problemas entre uma e outra. Na IA os problemas são descritos de modo incompleto, resistem a uma especificação posto que se quedam em ambiente dinâmico o que dificulta uma aproximação modular e suas soluções, em vez de corretas, são ditas adequadas. Isto significa que os sistemas de IA não são

¹⁴¹ Vejamos o conceito do jurista espanhol: “...alude al conjunto de actividades informáticas que si fueran realizadas por el hombre se considerarían producto de su inteligencia. La propia amplitud de estas operaciones que abarcan desde la comprensión de lenguajes naturales, el reconocimiento de imágenes o sonidos, hasta una amplia y diversa gama de juegos y simulaciones, han determinado una necesidad de acotar y delimitar su ámbito”. LUÑO, em *Manual de informática y derecho*, p. 24. Em Helder Coelho encontramos a definição dada por Allen Newell em 1977: “Conhecimento – teoria, dados, avaliações – que descreve os meios para alcançar uma classe de fins desejados, dadas certas estruturas e situações. A ciência vai além da situação de sua geração, e torna-se uma fonte conhecimento para os futuros cientistas e tecnólogos – investimento em vez de consumo”. NEWELL, apud COELHO, Helder. *Inteligência artificial em 25 lições*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995, p. 20-21.

concebidos da mesma forma que acontece com a engenharia da programação informática tradicional.¹⁴²

Foi através da inteligência artificial que foram concebidos os denominados sistemas "expertos", que incorporam de maneira prática e eficiente o conhecimento que um especialista – um *expert* - possui sobre determinada matéria. Num encontro sobre informática e tribunais realizado em Lisboa pela Fundação Calouste Gulbenkian em 22 e 23 de maio de 1991, os sistemas jurídicos expertos foram conceituados por Gerard Losson como uma aplicação da inteligência artificial no domínio do direito, que naquela época (1991) eram 'propriedade' dos institutos universitários e dos estabelecimentos de pesquisa. Hoje, há mais de uma década, existem no Brasil alguns desses sistemas já em operação efetiva no âmbito do judiciário, como, por exemplo, o de propriedade do Desembargador do Espírito Santo Pedro Valls Feu Rosa, que decide lides adstritas à responsabilização civil em juizados especiais cíveis. Na área penal há um programa desenvolvido em Santa Catarina pelo professor Aires Rover. São hoje, pois, mais do que mero deleite acadêmico.¹⁴³

Na verdade estes programas reproduzem a atuação prevista pelo especialista que o projetou ou colaborou com o analista de sistemas no seu projeto. Na área jurídica inúmeros programas, além dos acima citados, estão sendo projetados, dentre eles, existem os que tratam de liquidações tributárias, cálculos de indenizações por acidente de trabalho, *etc.* Apesar de tudo isto, de a máquina poder processar inferências lógicas, não pode, doutro turno, compreender a multiplicidade de circunstâncias ocorridas nas condutas humanas. Atualmente a colocação correta do problema consiste não em questionar se a máquina computacional poderá, ou não, tomar decisões jurídicas e, mais propriamente falando, decisões judiciais sem o auxílio do jurista. O problema recai sobre uma questão de ordem

¹⁴² Ibidem, p. 20-21, onde o autor acrescenta que: "*As metodologias que têm sido avançadas, desde os anos 70, para facilitar e acelerar o seu desenvolvimento e a sua construção são incrementais e exploratórias, isto é, obtém-se um sistema final após ter sido projectada uma sucessão de protótipos*".

¹⁴³ A visão de Gerard Losson em 1991, era a seguinte: a despeito deste tema assinalou: "*Les systèmes experts juridiques (qui représentent une application de l'intelligence artificielle au domaine du droit) n'en sont encore qu'à leurs débuts. Ils sont pour l'instant plus ou moins l'apanage des instituts universitaires et des établissements de recherche. Néanmoins, certains produits, assez rares il est vrai, portant sur des points de droit très précis, existent déjà sur le marché*". LOSSON, Gerard. Evolution de l'informatique juridique dans la communauté européenne. *Documentação e Direito Comparado*, nº 47, p. 127-181.

ética, podendo ser representada pela seguinte indagação: desejamos, ou não, que isso ocorra? E neste particular achamos que a tecnologia deve apenas auxiliar o magistrado, não devendo ser permitida a delegação da função de decidir a uma máquina.

Assim deve ser posta a questão porque atualmente isto já é plenamente possível, mormente, quando uma nova concepção de inteligência computacional já em uso, denominada de *redes neurais ou redes neuronais*, aproxima ainda mais o raciocínio do computador ao do homem, conferindo-lhe capacidade de efetuar inferências lógicas com uma margem de erro reduzidíssima, semelhante à humana. Isto quer dizer que um computador inteligente é capaz de admitir a verdade ou falsidade de uma proposição, ainda que não a conheça diretamente, em virtude de sua ligação com outras proposições já admitidas como verdadeiras ou falsas. Nada obstante isto pregam os juristas, no que concordamos, que a fase decisiva do processo continue em poder do juiz-homem, restando à inteligência artificial a função de assessoramento. É certo, porém, que quem assessora ‘decide’ previamente “*ad-referendum*” da autoridade assessorada.

Mas aproximar o raciocínio do computador ao do homem não significa dizer que ambos sejam idênticos, são apenas ‘aproximados’, pois os atuais modelos matemáticos representativos do sistema nervoso central humano mais servem para possibilitar especulações acerca das funções humanas sensoriais, como, por exemplo, visão, tato e audição, que replicar o raciocínio do homem.¹⁴⁴ A teoria quantitativa da infalibilidade computacional desenvolvida por Gödel e Church demonstra, ao menos até o momento, a impossibilidade de sistemas programados poderem responder a classes distintas de questões gerais em todas as hipóteses.¹⁴⁵

Este problema relaciona-se diretamente com a possibilidade de os computadores serem capazes de aprender e decidir autonomamente. Quanto a isto nos últimos anos houve uma grande e diversificada intensidade nos debates sobre os limites da

¹⁴⁴ A este respeito a Universidade Católica de Pernambuco financia projeto de pesquisa no qual um professor de física está a desenvolver um “nariz” artificial.

¹⁴⁵ A este respeito Helder Coelho inscreveu: “O resultado original destes dois investigadores lógicos, mais qualitativo do que quantitativo, conduz à declaração de insolubilidade: ‘não pode existir um programa de computador Princípio capaz de examinar qualquer outro programa *Q* e determinar correctamente, num tempo finito, se *Q* continuará sempre a ser executado ou se parará eventualmente’”. COELHO, Helder, op. cit., p. 449.

IA. Estes limites não se resumem à questão da aplicação da lógica e de suas possibilidades lingüísticas, ou mesmo à indagação de Dreyfus no sentido de saber se os computadores ou outras máquinas poderão ‘pensar’, questão que volveu à tona com a publicação de um livro de Penrose em 1989.¹⁴⁶ O que logra maior importância é o fato de ser a IA descritiva ou normativa. Pois bem, para sabermos requer-se uma investigação de duas principais teses: de um lado tem-se a tese *hard*, a defender que a IA faz uso de métodos de resolução de problemas próprios dos humanos, isto é, tem por meta atingir um estágio no qual seja possível uma máquina replicar os processos mentais de raciocínio do homem; de outro, queda-se a tese *soft*, a qual pugna que a IA deve não se ocupar da maneira que os humanos realmente pensam, mas, ao contrário, deve cingir-se ao problema de como os humanos ‘devem’ pensar, seu objetivo consiste em reproduzir uma mera *simulação* do processo mental humano.¹⁴⁷

Foi da intersecção destas duas teses que resultou a teoria concludente de que a IA ‘*relaciona-se*’ com o modo de pensar dos humanos, ou, mais propriamente falando, com as arquiteturas que subjazem nos processos mentais e computacionais. Não é novidade a afirmação de que a mente humana possui uma arquitetura e que sob a inteligência há uma estrutura de controle mental. Para que uma máquina possa replicar o pensamento humano integralmente é preciso ser capaz de executar um raciocínio envolvido da linguagem nos níveis: sintático, semântico e pragmático. Se se restringir à sintaxe, por exemplo, restará limitada a tão somente um aspecto do modo operacional mental humano, pois a plenitude da cognição e da comunicação exige o domínio: do conteúdo, da informação e da crença. Disso se conclui que um raciocínio computacional desprovido do aspecto semântico não atingirá um resultado interpretativo pleno. No atual contexto a tese *hard* da IA ganha novo ânimo decorrente da popularização das concepções conexionistas que superaram as programações computacionais simbólicas tradicionais.¹⁴⁸ O resultado final, porém, ainda está por vir.

Vejamos agora o problema da jurisdicização da aplicação da tecnologia ao direito.

¹⁴⁶ COELHO, Helder, op. cit., p. 452.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 453.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 454.

4. O direito teleinformático, seu caráter instrumental, científico e publicista.

Este novo direito decorrente da aplicação da informática e da telemática à experiência jurídica é uma disciplina já reconhecida em nações desenvolvidas, possuindo todas as características de um direito especializado e ao mesmo tempo interdisciplinar e universal. Especializado porque seu objeto recai sobre a tecnologia informática englobando o tratamento da informação e da comunicação. Interdisciplinar porque hodiernamente é difícil, ou, por que não dizer, impossível imaginar um só ramo do *direito* que prescindia da *informática jurídica*. Universal porque o transporte das informações ultrapassa os limites das fronteiras de um determinado Estado, encontrando-se presente em todos os países que fazem uso da tecnologia computacional.

Esta interdisciplinaridade do *direito teleinformático* denota-lhe, ainda, uma outra característica: a da *instrumentalidade*, podendo auxiliar os demais ramos do direito em sua aplicação, visando à efetivação da aplicação da justiça empregando-lhes a nota da celeridade associada à necessária segurança que a concretização do *direito* exige. A sua inserção na ciência jurídica já foi objeto de estudo em vários países, dentre os quais destacam-se: Holanda, Itália, Espanha, Alemanha, Áustria, Canadá, Dinamarca, Estados Unidos, Luxemburgo, Noruega e Suécia, que o inserem na seara do *direito público*. Na França, essa conclusão levou em conta dois aspectos: primeiro, a essência, o caráter em si mesmo deste *direito*; segundo, o fim jurídico do objeto protegido.¹⁴⁹ Mas esta conclusão derivada da doutrina portenha encontra resistência mesmo no seu próprio âmbito, pois há na Argentina quem considere que o *direito teleinformático* possui características de um típico ramo do direito privado. Para tanto, salienta-se a propagação do uso da informática em escala muito mais acentuada na esfera dos negócios privados, ao contrário do verificado no setor estatal. Em embargo a esse posicionamento, Azpilcueta estima que num prazo de

¹⁴⁹ AZPILCUETA, op. cit., p. 33.

quatro anos este direito terá efetiva transcendência sobre todos os demais ramos, caracterizando-se como uma subespécie do direito público.¹⁵⁰

Luño, por seu turno, o considera possuidor de uma dicotomia capaz de permitir o seu enquadramento tanto como um ramo do direito público quanto do direito privado. Eis que sua problemática afeta a ambos, estando presente em normas de caráter constitucional e penal, por exemplo, ao estabelecer sanções para prática de delitos informáticos, como também se faz sentir no direito civil, mormente quanto à formulação de contratos, *etc.*¹⁵¹

Parece-nos que o direito teleinformático detém inegável caráter público, pois uma coisa, como mencionado acima, são as possibilidades de instrumentalização da vida privada como decorrência deste novo ramo do direito, outra, é óbvio, são os próprios negócios gerados e ocorridos com o auxílio da informática e da telemática. Aquela *instrumentalização* confere incontroversa faceta publicista ao direito teleinformático, pois apesar de as partes serem livres para contratar – e a contratação enquanto regra insere-se no ramo do direito privado --, quando o *instrumento* para tanto utilizado for a informática e/ou a telemática, sua regulação ultrapassa as fronteiras dos interesses particulares. As regras que regulamentam este direito são inequivocamente pertencentes ao direito público. Para tomarmos esta posição partimos da constatação de que apesar de a subdivisão do direito em público e privado ser peculiar aos sistemas decorrentes do direito romano, no qual o Digesto chegou a mencioná-la, e mesmo considerando-se que não é admitida no direito inglês e nos sistemas que dele derivaram, bem como nas ordens jurídicas regidas pelos regimes marxistas, nada obstante isto, deve-se reconhecer que o Brasil, por inserir-se entre os países que adotam uma ordem jurídica lastreada nos princípios romanistas, é plenamente

¹⁵⁰ Na Argentina, há ainda quem pretenda enquadrá-lo como um ramo do direito administrativo, postura contradiada por Azpilcueta porque o *direito informático* unge-se de forma mais acentuada ao direito comum, estando presente em todos os demais ramos jurídicos: “... *debemos lograr que en nuestro medio se produzca el reconocimiento del Derecho Argentino de la Informática puesto que en cada región, en cada país y en cada lugar en especial donde existen relaciones humanas por estos medios, el derecho se ve con modificaciones tan modernas que debe ser receptado, encuadrado, aclarados sus conceptos, determinados sus alcances y por qué no decirlo, ubicado en el derecho común y non en el derecho administrativo como en algunas manifestaciones que ya tenemos entre nosotros. Esto último, puesto que el tema ha sido contemplado única e exclusivamente en las relaciones entre estados nacionales y estados provinciales, entre organismos oficiales para los distintos medios de comunicación o transferencias de fondos o modos de actuar bancarios a los que se les ha impreso celeridad gracias a este nuevo medio informático y telemático*”. AZPILCUETA, *ibidem*, p.33-34.

¹⁵¹ LUÑO. *Manual de informática y derecho*, p. 20.

factível falar-se nesta sub-partição do direito. Depois, apesar do pouco interesse prático que esta discussão pode oferecer, considerando que se entende por *direito privado* o setor do direito objetivo que regulamenta as relações entre particulares nas quais não se presenteiam questões que envolvam o Estado ou a Administração Pública, considerando, que as regras jurídicas que tratam da aplicação da tecnologia ao direito envolvem diretamente o interesse estatal, tendo a Constituição Federal disciplinado no artigo 5º a inviolabilidade dos dados informáticos e telemáticos, considerando, enfim, que a doutrina sempre entendeu que as regras processuais e procedimentais têm nítido caráter público e que o direito teleinformático visa a instrumentalizar e procedimentalizar as relações jurídicas em geral, torna-se possível enquadrá-lo no âmbito do *direito público*.

5. A juridicidade do direito *teleinformático* e o seu objeto: direito à informação e direito sobre a informação.

Pela instituição de uma magistratura informática.

O direito *teleinformático* é uma matéria inequivocamente jurídica delimitada pelo setor normativo dos sistemas jurídicos contemporâneos e integrado pelo conjunto de regras dirigidas à regulamentação de novas tecnologias da informação e da comunicação, abrangendo no seu contexto a informática e a telemática, inserindo-se, todavia, num contexto teórico maior denominado de direito cibernético. Integram ainda o seu âmbito as decisões judiciais sobre matérias informáticas, bem como os raciocínios e proposições normativas dos teóricos do *direito*, visando a analisar, interpretar, expor, sistematizar ou criticar o setor normativo disciplinador da informática e telemática.¹⁵²

Como já afirmado no item 02 deste capítulo, no atual momento resolvemos adotar a expressão *direito teleinformático*, para abranger tanto a aplicação da informática quanto da telemática ao direito. No entanto, deve-se deixar claro que há quem afirme que *direito informático* e *direito telemático* são fenômenos inconfundíveis. O primeiro teria

¹⁵² Ibidem.

como objeto os aspectos jurídicos de memorização e tratamento de informações. O segundo destinar-se-ia a transportar as informações que constituem o objeto do *direito informático*, não se podendo conceber a telemática como um “subconjunto” seu, ou da informática em si mesma. O *direito telemático*, argumenta-se, possui objeto e elementos próprios, não abrangidos pela delimitação conceitual do *direito informático*, os quais oportunamente irão ensejar a criação de normas jurídicas próprias legitimadoras de sua autonomia. A revelação dos primeiros elementos que ensejaram a relevância do direito da telemática constituíram-se na realização de seminários e elaboração de leis específicas, relativas, exemplificativamente, à imposição de regras sobre a comunicação audiovisual e sua aplicação. Na Argentina, em 29 de julho do ano de 1982, foi editada uma lei que considerou relevantes os serviços telemáticos, instituindo regras pertinentes à sua prestação e pondo em funcionamento uma comissão consultiva, com a incumbência de estudar questões jurídicas advindas do desenvolvimento do uso da telemática.¹⁵³

Apesar de a informática não se confundir com a telemática, cremos, como já dissemos em nossa dissertação de mestrado, inexistir qualquer óbice a impedir o tratamento dos efeitos jurídicos decorrentes da aplicação dessas disciplinas sob uma única epígrafe, a qual agora preferimos denominar: *direito teleinformático*. Considerando o que já sublinhamos acima acerca do desenvolvimento da telemática é mais adequado falar-se num *direito teleinformático*, que pela sua abrangência designa perfeitamente tanto o tratamento eletrônico da informação quanto o seu transporte. De toda forma sempre nos pareceu mais acertado falar-se num só direito que fragmentar algo que ainda é incipiente. Antes de se falar no **objeto do direito teleinformático**, deve-se precisar que a tecnologia dos computadores aplicada ao *direito*, envolvendo o transporte da informação jurídica, mas prescindindo-se das teorias e sistemas cibernéticos, constitui-se no objeto do *direito teleinformático*. O seu objeto *imediato* é a informação jurídica eletronicamente processada e transmitida e os seus objetos mediatos são a informática e a telemática. A informação por sua vez constitui-se num bem imaterial. Trata-se de um produto prévio a todo processamento eletrônico e conseqüente transmissão. Pode ser seccionada em duas etapas: na primeira, tem por escopo dar forma e significação a uma determinada mensagem; na

¹⁵³ AZPILCUETA, op. cit., p. 45.

segunda, sua finalidade é a de transmitir aquela notícia. Representa na verdade duas etapas de uma função única: a *comunicação*.¹⁵⁴

Pode-se ainda distinguir: o objeto e o conteúdo da informação; o sujeito que a produz e o seu respectivo destinatário. No pertinente ao seu objeto, a informação é produzida por quem lhe dá forma ou expressão, podendo-se estabelecer entre o seu autor e ela mesma uma relação jurídica de possuidor e possessão, nos estritos termos do direito civil. Quando analisada em função de seus destinatários, a informação encontra sua razão de ser na comunicação, estabelecendo-se uma outra relação jurídica entre o emissor e o receptor das informações, projetando relevantes questões jurídicas, por exemplo: quem detém a condição dominante numa relação jurídica dessa espécie? Seria permitido a quem detivesse a informação, retê-la em vez de comunicá-la? O destinatário da informação pode reclamá-la? Essas questões inserem-se na seara do direito público, que dão lugar a um direito à informação, que eventualmente pode entrar em conflito com o direito *sobre* a informação. São exemplos de direito à informação: o fluxo interno e internacional de dados, a proteção de dados de carácter pessoal e das liberdades frente à informática. São espécies de direito sobre a informação: os problemas referentes à proteção intelectual dos inventores de *software*, assim como os contratos para a utilização dos computadores.¹⁵⁵

Um “*pacto informático*” entre o Estado e o cidadão é o que propõe Losano para resolver a questão, no qual o indivíduo reconheceria o dever ou a inevitabilidade de revelar dados pessoais. O Estado comprometer-se-ia a respeitar e fazer respeitar os direitos informáticos do cidadão, como: o de conhecer os próprios dados pessoais gravados em determinado banco de dados; o de pedir a correção de informações erradas, ou ainda, a não atualização de dados desnecessários. O jurista italiano propõe a instituição de uma “magistratura da informática” com o escopo de administrar e tornar público um registro dos bancos de dados pessoais, detendo competência para dirimir casos controvertidos. Os gestores de bancos de dados públicos ou privados, estariam obrigados a notificar a “*magistratura informática*”, acerca da existência, criação, modificação, cessão a terceiros e da extinção de qualquer banco de dados pessoais, para fins de atualização de registros e de

¹⁵⁴ LUÑO. *Manual de informática y derecho*, 1996, p. 19.

¹⁵⁵ LUÑO, op. cit., 1996, p. 20.

não utilizarem dados pessoais em finalidades diferentes daquelas para as quais foram recolhidos, e também respeitar regras de segurança, para evitar danos ou fugas de informações, bem como acessos ilícitos ao banco de dados.¹⁵⁶ No Brasil, porém, o problema deve ser tratado à luz da garantia constitucional prevista no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, que veda a violação do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de ‘dados’ e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial. Sendo certo que a especialização da magistratura contribui deveras à rápida e segura prestação jurisdicional, merecendo adoção, portanto, a sua instituição .

6. Internacionalização, uniformização e o problema da restrição temática direito teleinformático.

A regulamentação legal da informática e da telemática deve obedecer a uma técnica legislativa de cláusulas ou princípios gerais, ante a dinâmica desse fenômeno, de maneira a não necessitar ser alterada quando qualquer inovação informática ou telemática venha a ocorrer. Assim, os órgãos aplicadores da lei poderiam, adaptar, subsumir as situações fáticas aos princípios gerais positivados. Além desses detalhes deve-se ainda considerar que a informática e a telemática ultrapassam as fronteiras dos mais diversos países, o que acarreta a consequência de o *direito teleinformático* dever ser concebido como um direito internacional, capaz de poder ver aplicadas suas normas a todos os países do mundo. Essa homogeneidade, para ser posta em prática, visando a possibilitar a circulação internacional de dados pessoais, teve um importante marco em 28 de janeiro de 1981, quando a Convenção do Conselho da Europa, objetivando uniformizar as legislações de cada um dos Estados da Comunidade Européia, fixou um esquema de *diretiva legal* inspiradora da elaboração das respectivas legislações internas.¹⁵⁷

¹⁵⁶ LOSANO. *A Informática jurídica vinte anos depois*, p. 361.

¹⁵⁷ LOSANO. *A informática jurídica vinte anos depois*, p. 361.

Uma proposta de uniformização do direito *teleinformático* na América Latina, digna de registro, fora aventada por Gero Dolezalek para quem a *informática jurídica* e o direito romano são aliados, embora à primeira vista possa não parecer, no caminho da unificação do *direito* em nosso continente. Dolezalek acusa que os debates doutrinários, até então, apenas pugnavam por um projeto de documentação jurídica em âmbito nacional, destacando Colômbia, Brasil e Argentina. A sua proposição consiste na criação de um sistema uniforme entre as nações, abrangendo todos os Estados da América Latina, com o escopo de documentar toda a literatura jurídica, bem como as decisões das cortes supremas e ainda a legislação de toda a região. A simples criação de um sistema uniforme, porém, não seria suficiente, sendo mister também integrá-lo aos sistemas nacionais e prever ainda uma possível futura conexão com o sistema europeu de documentação jurídica.¹⁵⁸

Até o final do século XVIII existia na Europa uma cultura jurídica supranacional, baseada nos direitos: romano, germânico-medieval e canônico, modificada quando cada país passou aplicar exclusivamente o seu *direito*. A América Latina pertencia a este mundo homogêneo, por conseguinte todos os direitos dos países latino-americanos emanam de uma raiz comum. Assim, o direito romano constitui um laço de unidade para latino-americanos num duplo sentido: primeiramente porque era a base principal do velho direito comum; depois, porque era o fundamento da jurisprudência sistemática – também chamada pandectista -- do século XIX. Considerando isto, e sem pretender quebrar a autonomia dos sistemas jurídicos de cada país, é possível traçar um paralelo envolvendo o direito teleinformático com o *direito* comum, no qual o sistema teleinformático estaria ao fundo da cena jurídica, como estava o *direito* comum em comparação com o *direito* positivo de cada nação. A aceitação desta idéia – deveras pertinente, nos parece – pode acarretar o advento de uma nova espécie de *direito comum*: o direito comum teleinformático representado por regras juscibernéticas gerais internacionais.¹⁵⁹

O fato de o *direito teleinformático* constituir-se num *direito* interdisciplinar não significa que se traduza num amálgama de diversas e dispersas normas pertencentes a diferentes setores da ciência jurídica, é na verdade constituído por um conjunto unitário de

¹⁵⁸ DOLEZALEC, Gero. Informática jurídica y derecho romano para la unificación del derecho en latinoamerica. São paulo: *Revista de Direito Civil*, nº 27, p. 23-24.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 29-32.

regras especificamente dirigidas à regulação de um objeto bem delimitado e focado por uma metodologia própria. Este argumento é suficiente para contestar aqueles que, aceitando a autonomia do *direito informático*, insistem em incorporá-lo a determinados ramos do *direito* já existentes.¹⁶⁰ Com assaz precisão escatológica, Luño profetiza que os juristas devem fazer um esforço para superar a tendência de pôr o vinho novo das questões que emergem das mudanças social e tecnológica em velhos odres conceituais e metódicos da dogmática jurídica tradicional. Esta maneira de pensar e de agir implica no risco de se operar com coordenadas metodológicas condenadas, adrede, pelas respectivas obsolescências acarretadas pela pressão dos métodos informáticos.¹⁶¹

Um outro fator que deve ser também considerado para melhor fundamentar a autonomia do *direito teleinformático* é a existência de suas fontes legislativas, jurisprudenciais, doutrinárias e acadêmicas. Quanto à doutrina, é preciso que os juristas estejam atentos para a elaboração das leis que tratem da matéria, no sentido de fazer sempre uma análise crítica de eventuais imperfeições a fim de impedir que uma plêiade de disposições dispersas e heterogêneas obscureçam, irremediavelmente, a sua estrutura normativa.¹⁶² Até então os juristas informáticos – como são denominados aqueles que se enveredam por estas praias – não demonstraram a preocupação em sistematizar uma base principiológica para o direito da informática e da telemática. Na terceira seção desta tese volveremos a tratar do assunto, esclarecendo, por obediência à metodologia, que deixamos de tratar desta base principiológica nesta primeira seção porque ela representa parte do próprio núcleo do trabalho.

Considerando as assertivas supra é imprescindível esclarecer-se que o *direito teleinformático* - expressão agora adotada para designar tanto o tratamento quanto o transporte da informação jurídica - restringe-se a aplicar, ao *direito*, a instrumentalidade da informática e da telemática. Mas essa disciplina não tem o mérito de designar o fenômeno

¹⁶⁰ Ibidem.

¹⁶¹ LUÑO. *Manual de informática y derecho*, 1996, p. 21. Em sua dicção: “...realizar un esfuerzo para superar la tendencia congénita a escanciar el vino nuevo de las cuestiones que emergen del cambio social y tecnológico en los odres viejos conceptuales y metódicos de la dogmática jurídica tradicional. De no actuar así se corre el riesgo de operar desde coordenadas metodológicas condenadas ab initio a la obsolescencia. Se halla plena de razón la advertencia sobre: el carater obsoleto de reglas tradicionales que entran en desuso bajo la presión de la informática (Linant Bellefonds, 1983, 14)”.

¹⁶² Ibidem, p. 22.

da aplicação da tecnologia cibernética à experiência jurídica em toda sua plenitude, pois prescinde de abordagens filosófico-cibernéticas que, a exemplo da *teoria dos sistemas*, são indispensáveis para a conformação de uma completa visão do problema jurídico e de seu tratamento pela tecnologia. O *direito teleinformático*, pois, atrai para si uma delimitação conceitual restritiva do fenômeno justecnológico.

Assim, uma proposta de pesquisa que objetiva a proposição de cientificidade como decorrência da aplicação da tecnologia ao direito, não pode deixar de abordar o fenômeno cibernético em sua inteireza. Pelo que, passaremos agora a tratar da cibernética e suas vertentes.

7. A cibernética: o conceito wieneriano e suas demais vertentes.

A *cibernética* é considerada como a *segunda revolução industrial*, podendo ser comparada com a primeira quanto aos seguintes aspectos: na antecedente, apesar de as máquinas a vapor e os motores de combustão interna terem possibilitado a substituição de inúmeros trabalhos físicos realizados até então pelo homem, exclusivamente, este, ainda estava obrigado a efetuar todas as funções de controle de funcionamento daquelas máquinas; na segunda, tornou-se viável que tal trabalho de controle funcional de máquinas fosse realizado por outras máquinas: computadores eletrônicos. Pode-se dizer que a revolução da cibernética assinala o fim de um grande ciclo cultural, e neste sentido Perez Luño chega a estabelecer uma correlação analógica entre a “segunda revolução industrial” e a do “*Neolítico*”: o descobrimento da agricultura e a domesticação dos animais, eis que nesta era o homem passara a utilizar esses seres em seu proveito próprio, num labor que, assim como o controle do funcionamento das máquinas a vapor, era exclusivamente seu.¹⁶³

¹⁶³ Para Luño: “*es con la revolución del Neolítico como se origina la civilización agraria y cobra empuje la Historia según la conocemos. Este proceso resulta muy útil para comprender y valorar el nuevo y grandioso salto que supone la civilización cibernética: la actitud frente a la Naturaleza acusa una mutación más; de una especie de religioso respeto se ha pasado a una intervención cada vez activa, el*

Wiener, criador da *cibernética*, a define como “*the entire field of control and communicatio theory, whether in the machine or in the animal*” ou seja: a teoria do controle e da comunicação, no animal e na máquina.¹⁶⁴ Antônio de S. Limongi França emprega-lhe a seguinte definição: “*é a ciência da comunicação e do controle nos seres vivos e nas máquinas*”.¹⁶⁵ Esta definição, que repete a de Wiener, tem a vantagem decorrente de sua amplitude conceitual englobar outras noções mais limitadas, além de proporcionar uma consideração mais aprofundada dos aspectos filosóficos da *cibernética*.¹⁶⁶

Para Louiz Couffignal “*a cibernética é a arte de tornar a ação eficaz*”. Veja-se que tal definição não se choca com a de Wiener, antes, com ela se harmoniza, pois embute a idéia de que uma ação só será eficaz se for bem direcionada. Esta noção de direção está relacionada com a de controle propugnada por Wiener, ou seja, com o controle mantenedor da ação em seu caminho correto para que alcance a eficácia desejada. A este tipo de controle Stafford Beer dá o nome de homeostato, porque tenciona conservar determinada variável dentro das balizas ambicionadas. Para Beer a *cibernética* é uma ciência que busca uma teoria geral do controle passível de aplicação às mais variadas searas comportamentais. Este raciocínio denota que a *cibernética* tem por principal atividade a eficácia dos meios de controle de vários sistemas, como, exemplificativamente, o funcionamento do cérebro, o comando de uma aeronave, uma empresa, um órgão público, ou o controle de um sistema jurídico.¹⁶⁷

Atribuindo-lhe a nota de uma ciência essencialmente funcional e comportamental, Ross Ashby entende que a *cibernética* não objetiva abordar pessoas ou objetos, mas modos comportamentais. Intenta saber o que as coisas fazem e não o que são. Já Gordon Pask, em “Approach to Cybernetics”, afirma que Stafford Beer “*vê a*

ambiente en derredor nuestro se transforma sin pausa por obra de las incessantes conquistas y aplicaciones de la moderna tecnología sustentada en el progreso de la ciencia. Ante estos acontecimientos, es fácil señalar la analogía de este giro histórico con la revolución del Neolítico, como fin de un gran ciclo cultural, representado por la llamada civilización agraria en las regiones mediterráneas hace unos diez mil años.” Confira-se: *Cibernética, informática y derecho, un análisis metodológico*, p. 20.

¹⁶⁴ WIENER, op. cit., p. 94.

¹⁶⁵ FRANÇA, Antônio de S. Limongi. *Cibernética jurídica*, in : *Revista de Direito Civil*, nº 37, p. 119.

¹⁶⁶ LUÑO. *Cibernética, informática y derecho, un análisis metodológico*, p. 17.

¹⁶⁷ BEER, ap. FRANÇA. Antônio de S. L., op. cit., p. 120.

Cibernética como a ciência do controle apropriado de uma estrutura tratada como um todo orgânico”, a exemplo da gestão de uma empresa, etc. Para este autor as definições de Beer e a de Ashby não são incompatíveis e ambas incluem-se na de Wiener.¹⁶⁸

Outros autores também procuram definir a *cibernética* enfatizando aspectos ínsitos na definição de Wiener, vejamos: Wolfgang Wieser procura realçar o **controle**, ao conceituar a *cibernética* como “a ciência dos mecanismos de comando”; Helmar Frank, centraliza seu enfoque na **comunicação** definindo a *cibernética* como “a teoria ou técnica das mensagens e dos sistemas de processamento das mensagens”; H. J. Flechtner salienta a importância dos sistemas quando conceitua a *cibernética* como “a ciência geral e formal da estrutura, das relações e do comportamento dos sistemas dinâmicos”; Ross Ashby, ao aceitar expressamente a definição de Wiener, como visto, acrescenta que “a *Cibernética* também pode ser conceituada como o estudo dos sistemas abertos à energia, mas fechados no que respeita à informação e ao controle”.¹⁶⁹

Do estudo comparativo das várias definições sobre a *cibernética* observa-se que todas partem da premissa criada por Wiener e todas nela se enquadram. Santis Garcia, por exemplo, tenta reformular o conceito wieneriano afirmando que a *cibernética* tenciona controlar a comunicação nos seres vivos, na sociedade e nas máquinas. No entanto, registra que a definição de Wiener merece a preferência geral por abranger toda a seara cibernética sem se fixar em quaisquer de seus aspectos setoriais.¹⁷⁰ No mesmo sentido Limongi França também reconhece que todas as demais definições sobre a *cibernética* partem invariavelmente das idéias de Wiener.¹⁷¹

Norbert Wiener, em *Cibernética e Sociedade - O Uso Humano de Seres Humanos* - no capítulo II “*A cibernética na história*”, resume seu objeto de estudo discursando que sua tese refere-se à observação comparada do funcionamento físico do ser humano com o de algumas máquinas no tocante à comunicação, para concluir que ambos

¹⁶⁸ FRANÇA, op., cit., p. 121

¹⁶⁹ Sobre esses conceitos, consulte-se GARCIA, Santis, op. cit., p. 40-42.

¹⁷⁰ GARCIA, op. cit., p. 42.

¹⁷¹ Para França: “Como podemos observar, há várias definições de cibernética, sendo que de uma forma ou de outra, todas se enquadram nas idéias de Wiener, o que aliás é muito natural, uma vez que é ele o criador da cibernética como disciplina”. Confira-se: FRANÇA, Limongi, op. cit., p. 119.

são análogos na atividade de controlar a entropia, através da realimentação.¹⁷² Tanto homem quanto máquina possuem instrumentos para reunir e ajuntar informações com o mínimo dispêndio possível de energia para sua utilização prática. Em ambos este desempenho se torna efetivo no mundo exterior pela ação que nele se realiza. Para Wiener esse fabuloso mecanismo, ignorado pelo homem comum, não obtém o espaço e a importância que merece pelos cientistas responsáveis em analisar a sociedade. Da mesma forma que os procedimentos humanos podem assim ser estudados, também as replicações da sociedade são passíveis de análises científicas semelhantes.¹⁷³

Atualmente existe uma tendência amplamente difundida no sentido de considerar a *cibernética* como a ciência que investiga as leis gerais dos sistemas de tratamento da informação, pois todo e qualquer sistema de informação tem necessariamente que recolher, elaborar e transmitir as informações. Esta transmissão pode ser realizada por diversos meios, porém quando tais operações ocorrerem através de meios automáticos estaremos nos domínios da telemática, que se dedica à transmissão automática da informação. A telemática e a informática, no entanto, são saberes particularizados, constituindo um dos setores da *cibernética*, que os abrange, ao mesmo tempo em que os extrapola, à medida que não se restringe ao estudo do tratamento e transmissão da informação transborda este âmbito para também estudar o comportamento dos receptores. Nesta acepção a *cibernética* é considerada como a *teoria dos circuitos*, ou do *controle*. Quando colima fazer um paralelismo analógico a respeito dos problemas da informação nos seres vivos e nas máquinas, a *cibernética* é considerada como a teoria geral dos sistemas mecânicos e biológicos. É fato ainda que a *cibernética* estuda as diversas formas de controle e as leis que regem o comportamento, tanto da natureza quanto da sociedade. Os

¹⁷² Entropia é a “Função termodinâmica de estado, associada à organização espacial e energética das partículas de um sistema, e cuja variação, numa transformação deste sistema, é medida pelo quociente da quantidade infinitesimal do calor trocado reversivelmente entre o sistema e o exterior pela temperatura absoluta do sistema.” Ou ainda, a “Medida da quantidade de desordem dum sistema”. Vide AURÉLIO, Dicionário Eletrônico. Garcia conceitua entropia como “a medida do grau de desordem no arranjo de elementos contidos num sistema fechado. O termo é devido a Clausius, e está ligado a uma interpretação generalizada da segunda lei da Termodinâmica”. Consulte-se GARCIA, op. cit., p. 28-30. WIENER, Norbert em *Cibernética e sociedade - o uso humano de seres humanos*, p. 28, explica que a segunda lei da Termodinâmica diz que a energia espontaneamente declina com a temperatura. “Assim como a quantidade de informação em um sistema é a medida de seu grau de organização, a entropia de um sistema é a medida de seu grau de desorganização; e uma é simplesmente a negativa da outra”.

¹⁷³ WIENER, op. cit., p. 26-27.

diversos setores de pesquisa ao se desenvolverem e aprofundarem-se no estudo dos seus objetos não depõem, por esse motivo, contra a pretendida unificação dessa ciência, pois, como preconizava Wiener, os setores mais fecundos do conhecimento são exatamente aqueles estudados, de forma interdisciplinar, por mais de um saber.

8. O pioneirismo da aplicação da cibernética ao direito: a proposta de Norbert Wiener e a Jurimetria de Lee Loevinger.

A primeira proposição no sentido de se aplicar sistemas cibernéticos ao direito foi aventada pelo próprio Norbert Wiener no ano de 1948, em seu livro “*Cibernética*”.¹⁷⁴ Wiener, no entanto, não desenvolveu uma teoria que objetivasse a aplicação dos recursos cibernético-computacionais ao *direito*. Isso somente se deu no ano seguinte (1949), quando Lee Loevinger, em artigo denominado: “*Jurimetrics - the next step forward*”, publicado na Minnesota Law Review, propôs uma doutrina que, utilizando-se dos computadores eletrônicos e da lógica simbólica, planejava solucionar o problema jurídico. Logo em seguida, vários órgãos governamentais americanos utilizavam e dependiam dos computadores para efetuar seus trabalhos com destaque para arquivos criminais, administração de tribunais, *etc.* Com isto tinha início uma nova ciência jurídica.¹⁷⁵

Lee Loevinger era um advogado americano que ocupou vários cargos públicos, dentre os quais o de “*Assistantt Attorney General*” da Divisão antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos. O seu pensamento insere-se no movimento da denominada *jurisprudência experimental*: corrente de pensamento que procura aplicar os métodos

¹⁷⁴ “Il primo ad aver posto un rapporto di connessione tra la cibernetica e il diritto è stato l'inventore stesso della parola e in gran parte della scienza cibernetica, cioè il matematico Norbert Wiener. I temi fondamentali della nuova scienza vennero da lui esposti in un libro edito nel 1948, che portava per l'appunto come titolo il termine Cybernetics...”. FROSINI. *Cibernetica, diritto e società*, p. 17. A tradução do texto entre aspas é a seguinte: “O primeiro a fazer uma relação de conexão entre a cibernética e o direito, foi o próprio inventor da palavra e em grande parte da ciência cibernética, ou seja, o matemático Norbert Wiener. Os temas fundamentais da nova ciência, foram por ele expostos num livro editado em 1948, que trazia justamente como título, o termo Cybernetics...”.

¹⁷⁵ Neste sentido vide Nogueira, Ruy Barbosa, em prefácio à *Introdução à informática jurídica*, de Dinio Santis GARCIA.

investigatórios próprios das ciências naturais à experiência jurídica. Discorrendo sobre a origem desta disciplina, Losano, depois de fazer referência ao pioneirismo de Wiener em empregar o método cibernético ao *direito*, diz que provavelmente o artigo publicado por Loevinger em 1949, teria sido inspirado na obra daquele matemático, pois foi exatamente no ano do lançamento de “*Cibernética*” que o mundo jurídico passou a pensar na possibilidade de aplicação dos computadores ao *direito*.¹⁷⁶

Somente em 1950 Wiener passou a dedicar-se mais detidamente à questão do emprego da tecnologia ao direito, entendendo o fenômeno jurídico como um problema de comunicação e cibernética. A proposta de Wiener visava a compreensão da estrutura social, “*ma non si prospettò il problema di un adattamento pratico della nuova tecnologia alle questioni sorgenti nell’ambito dell’esperienza giuridica*”.¹⁷⁷

Em “*Cibernética e sociedade. O uso humano de seres humanos*”, (1950) no capítulo VI, “*Lei e comunicação*”, Wiener dedica-se ao estudo da cibernética aplicada ao *direito*, definindo *lei* como sendo um mecanismo de ajustamento do comportamento humano capaz de evitar disputas individuais, ou, ao menos, que sejam dirimidas pelo judiciário com o fim de aplicar aquilo que se entende por justiça. Seria o controle ético aplicado à comunicação e à linguagem, por uma autoridade com poder suficiente para impingir às suas prescrições o caráter de sanção social efetiva. Wiener considerava que a teoria e a prática da lei estavam sujeitas a dois tipos de problemas: o primeiro correlacionava-se com o conceito de justiça; o segundo, com as questões técnicas através das quais tal concepção pudesse tornar-se efetiva. O conceito de justiça estaria conectado

¹⁷⁶ “Dell’uso degli elaboratori nel mondo giuridico si cominciò a parlare negli anni in cui nacque la cibernética di Norbert Wiener: la fondamentale di quest’ultimo, *Cybernetics, or control and communication in the animal and the machine*, venne pubblicata per la prima volta nel 1948. L’acento che vi si trova sui problemi giuridici influenzerà probabilmente un articolo pubblicato l’anno dopo da Lee Loevinger, in cui per la prima volta si parla di giurimetria, cioè dell’uso degli elaboratori nel diritto. Di questa corrente di studi è così possibile fissare una precisa data di nascita: il 1949”. LOSANO. *Giuscibernetica*, 1982, p. 14. A tradução do texto entre aspas é a seguinte: “Do uso dos computadores no mundo jurídico, se começou a falar nos anos em que nasceu a cibernética de Norbert Wiener: o fundamental deste último, *Cybernetics, or control and communication in the animal and the machine*, foi publicado pela primeira vez em 1948. A alusão que se encontra sobre os problemas jurídicos influenciou, provavelmente, um artigo publicado um ano depois por Lee Loevinger, no qual, pela primeira vez se fala de jurimetria, isto é, do uso nos computadores no direito. Desta corrente de estudo, é assim possível, fixar uma data precisa de seu nascimento: o ano de 1949”.

¹⁷⁷ WIENER, ap. LOSANO, *Giuscibernetica*, p. 14.

com o código moral de cada um já que, empiricamente falando, seria impossível chegar a um conceito universal ante a existência de inúmeras culturas, religiões *etc.* O código moral pessoal, por sua vez, designaria apenas uma concepção individual de justiça. Para ele as palavras que melhor podem expressar de maneira generalizante o seu conceito são as que simbolizam a Revolução Francesa: *liberdade, igualdade e fraternidade*, significando que nenhuma pessoa em virtude de seu poder pessoal e *status*, nem mesmo o Estado, poderia constranger o cidadão à determinada conduta infringente da liberdade pessoal de cada um.

178

O segundo problema inerente à lei, de acordo com Wiener, reside na questão de que ela, além de justa, deve ser expressa de forma unívoca e compreensiva, possibilitando ao cidadão comum a compreensão antecipada de seus direitos e deveres. O primeiro dever do legislador e do juiz deve ser o de fazer formulações claras e isentas de ambigüidade compreensíveis não apenas aos técnicos, mas também ao homem comum. Sua consideração acerca da aplicação da cibernética ao direito revela-se de maneira explícita quando afirma que a técnica de interpretação e julgamentos pelos juízes e tribunais deve ser de tal forma que possibilite a um advogado saber não apenas como se decidiu sobre determinado assunto, mas, também, como se decidirão casos futuros. Para Wiener os problemas da lei podem ser reduzidos a questões de comunicação e cibernética, de controle sistemático e reiterável de determinadas situações.¹⁷⁹

A aplicação da cibernética ao direito como proposta por Wiener, estaria restrita à previsibilidade das decisões judiciais. A respeito desta proposição existem dois consagrados autores cujas opiniões divergem: de um lado, temos Losano considerando, como demonstraremos adiante, este propósito bastante difícil de se realizar num sistema legal que não se guie pelos precedentes vinculantes; de outro, Perez Luño entendendo tal postura como perfeitamente viável nos Estados regidos pelo sistema do direito legislado - e à preocupação semântica da linguagem legal, *exclusivamente!* Note-se que a proposição de antevisão de decisões judiciais já havia sido pugnada um ano antes por Loevinger, com o detalhe diferenciador de que este controle da previsibilidade do comportamento judicial

¹⁷⁸ WIENER, op. cit., p. 104 a 110.

¹⁷⁹ Ibidem.

fosse realizado pelo computador eletrônico, minudência sobre a qual Wiener não se pronunciou anteriormente.

Na verdade, quem primeiro pugnou pela aplicação dos meios cibernético-eletrônicos ao direito foi Lee Loevinger. Podemos acentuar com Frosini, que entre a primeira publicação de Wiener em 1948 e a segunda em 1950, situa-se em 1949, o já referido artigo de Loevinger: *Jurimetrics*. Loevinger representa para Frosini um “*uomo di frontiera*” no campo do estudo jurídico apontando com credibilidade um novo horizonte, mantendo-se na realidade sem ultrapassar os limites da utopia e da ficção científico-jurídica. No tocante ao problema da informação o interesse de Loevinger é substancialmente revolucionário. Em 1964 fundou nos Estados Unidos, um sistema de pesquisa jurídica através dos serviços de telefonia interligando um computador do tipo Univac III, que em apenas um minuto era capaz de responder a uma questão jurídica, através de um operador especializado em informática que recebia a pergunta por telefone, traduzindo-a em código, para, depois, transmiti-la à máquina, que, após o processamento, respondia de imediato liberando o teste impresso, que poderia ser recebido diretamente pelo interessado ou via rede telemática.¹⁸⁰

Para Perez Luño o artigo de Loevinger (*Jurimetrics*, 1949) visando a racionalização do direito através do uso da metodologia simbólica e do emprego de métodos quantitativos de automação, teve relevância bem maior para a Ciência Jurídica do que a obra de Wiener. E a expressão jurimetria logrou durante muito tempo o mérito de englobar todas as implicações jurídicas decorrentes da cibernética.¹⁸¹ Existe uma certa imprecisão, quanto à questão do étimo do qual derivou a expressão *jurimetria*. Enquanto Losano assevera que Loevinger inspirou-se na expressão *econometrics* - de econometria - Perez Luño refere-se a A David, um autor francês, consignando que *Jurimetrics* deriva de: *Sociometria*.¹⁸² De acordo com Loevinger a *jurimetria* cuida de temas como a análise

¹⁸⁰ LOEVINGER, ap. FROSINI. *Cibernetica, diritto e società*, 1978, p. 18-19.

¹⁸¹ “Sin embargo, mucha más importancia tuvo en el campo del Derecho el artículo que bajo el epígrafe *Jurimetrics, The Next Step Forward*, publicara L. Loevinger en 1949. El término *Jurimetria* alcanzó amplia difusión en publicaciones sucesivas, y durante mucho tiempo bajo esta denominación se englobaron todas las implicaciones jurídicas de la cibernética”. LUÑO. *Cibernetica, informática y derecho - Un análisis metodológico* - p. 40.

¹⁸² *Ibidem*.

quantitativa do comportamento judicial, aplicando a teoria da comunicação relacionada com o direito e recorrendo também à aplicação da lógica matemática, preocupando-se em recuperar dados jurídicos pelas vias eletrônicas e mecânicas e, ainda, formulando cálculos de previsibilidade no âmbito do direito.¹⁸³

Loevinger distingue a *jurimetria* da Jurisprudência, porque esta se preocupa com assuntos pertinentes à natureza e fontes do direito, sua função e respectiva esfera de ação, bem como com análises jurídicas conceituais. Para ele a Jurisprudência constitui-se numa tarefa do racionalismo, a *jurimetria* colima examinar e aplicar métodos de pesquisa científica na área do direito e suas conclusões podem ser testadas, diferentemente das da Jurisprudência que somente podem ser discutidas.¹⁸⁴ Hans W. Baade, sintetizador do pensamento de Loevinger, em 1963 delimitou o objeto da *jurimetria* na pesquisa científica de temas jurídicos, centrando-se no problema da armazenagem e recuperação eletrônica da informação jurídica, no estudo behaviorista das decisões judiciais e no emprego da lógica simbólica.¹⁸⁵ Para designar este tipo de investigação científica tem-se feito uso de outras expressões, a exemplo de Hoffman que prefere *lawtomatic* à *jurimetria*, para identificar a moderna mecanização da estrutura jurídica referente a textos e documentos jurídicos.¹⁸⁶ Loevinger, no entanto, assinalava que a *jurimetria* propunha-se simplesmente a investigar problemas passíveis de serem “testados” no campo da ciência, destacando o pressuposto equivocado de haver invencível oposição entre a lógica e a experiência. Para ele, a lógica não é capaz de resolver problemas materiais sem se reportar à experiência, e esta, por sua vez, sem o auxílio interpretativo de uma lógica rigorosa, queda-se carecedora de qualquer aceção intelectualista.¹⁸⁷

O caráter empírico da *jurimetria* fora, em 1963, destacado por Loevinger, quando considerou desnecessária a formulação de um axioma definidor de seus contornos, pois a definição do âmbito jurimétrico deve ser ofertada pela atividade de seus sectários, mas não se deve pretender que seja estática, uma vez que evoluirá, como ocorre com todas

¹⁸³ LOEVINGER, ap. GARCIA, op. cit., p. 100-101.

¹⁸⁴ Ibidem.

¹⁸⁵ BAADE, ap. GARCIA, op. cit., p. 102.

¹⁸⁶ HOFMAN, ap. LUÑO, op. cit., p. 41.

¹⁸⁷ LOEVINGER, ap. GARCIA, op. cit., p. 103.

as disciplinas empíricas a partir de quando, pela experiência, forem resolvidos problemas específicos.¹⁸⁸

9. Jurimetria, matematização do direito e o controle da atividade judicial.

Segundo Loevinger: “*A jurimetria é um esforço para a utilização dos métodos da ciência no âmbito do Direito*”.¹⁸⁹ Este autor entendia por científico apenas aquilo que podia ser experimentado ou, no máximo, quantificado. Atribuía assim à *jurimetria* uma característica não contingente, porém essencial de uma ciência estatística aplicada ao direito. Esta visão matematizada do direito já havia sido vislumbrada pelos pandectistas, que chegaram a considerá-lo como “*um cálculo com os conceitos*”. Loevinger tentou traçar um marco divisório entre a disciplina jurídica tradicional e uma outra inovadora, aplicando-lhe métodos próprios das ciências exatas, notadamente da estatística e da matemática. A relação existente entre a sua teoria e a tradicional bagagem cultural do jurista europeu, vertida para a analogia entre Matemática e direito, reside no fato de que a ciência jurídica, assim como toda e qualquer ciência, serve-se do método lógico.¹⁹⁰ Mas Bobbio tem razão quando diz que este problema deve ser posto de forma, a saber, se a ciência jurídica é, ou não, semelhante à lógica ou à matemática, noutras palavras: a ciência jurídica seria uma ciência instrumental? Ela “*constitui por si mesma uma linguagem que poderia ser utilizada para outras pesquisas, outra coisa é dizer que ela se exprime numa linguagem matemática?*”. Os juristas matematizantes, por sua vez, não estão preocupados em respondê-la. Apenas afirmam que o direito utiliza-se da matemática ou da lógica.¹⁹¹

Deste raciocínio é possível distinguir dois argumentos: de um lado o metafísico, que tenta construir uma ciência jurídica aprioristicamente, constituindo-se numa lógica, numa matemática *sui generis*, com o escopo de estudar o direito concreto; de outro

¹⁸⁸ LOEVINGER, ap. LOSANO. *Informática jurídica*, 1976, p. 3.

¹⁸⁹ LOEVINGER, ap. LOSANO. *Informática jurídica*, p. 4.

¹⁹⁰ LOSANO. op. cit., p. 5.

¹⁹¹ BOBBIO, ap. LOSANO, *Informática jurídica*, p. 5.

lado está o operacional e finalístico pretendendo aplicar ao direito o método lógico-matemático. Ao primeiro corresponderia a ciência jurídica. Ao segundo, a teoria jurídica que utiliza a matemática, até então situada às margens dos estudos jurídicos. A *jurimetria* de Loewinger é subsumida por esta última categoria, ou seja, diz que o direito pode ser expresso numa linguagem matemática, subdivida em três setores essenciais: 01º- previsibilidade das decisões judiciais; 2º- processamento eletrônico de dados jurídicos; 3º- uso da lógica no campo do direito.¹⁹²

O controle analítico e quantitativo da atuação dos juízes e tribunais, segundo Losano, não prosperou na Europa Continental, pois para o jurista europeu este enfoque é pouco atrativo, dentre outras razões, pela diferença existente entre os sistemas jurídicos do Velho e do Novo Mundo, sendo bastante difícil antever o conteúdo das sentenças proferidas nos sistemas legais que têm por base o *direito legislado*. Assim, o interesse teórico por este assunto diminui proporcionalmente à medida que na realidade prática as dificuldades de previsão de conteúdo de sentenças aumentam.¹⁹³

Para Losano a impossibilidade de previsão das sentenças em sistemas legais como o nosso torna-se ainda mais dificultada pela maneira através da qual o controle da constitucionalidade das leis é exercido. É que podendo a Corte Constitucional retirar a vigência de uma lei na qual inúmeros juízes proferiram suas decisões, os casos concretos até então por ela regidos serão regulados por uma outra norma, advindo daí decisões sobre uma mesma matéria fática com diferentes fundamentos e efeitos concretos. A margem de erro que uma pesquisa jurimétrica traria ao tentar prever como seriam decididas determinadas matérias jurídicas num país que adote o sistema romanístico, seria tamanha que inviabilizaria o uso deste setor da *jurimetria*. Até mesmo nos Estados Unidos inúmeros argumentos contrapuseram-se em desfavor da *jurimetria*, dentre os quais registram-se os seguintes: 01º- impossibilidade com a tradição jurídica, já que o uso dos computadores eletrônicos jungir-se-ia ao behaviorismo;

¹⁹² Ibidem.

¹⁹³ Ibidem.

2º- os esquemas formais que o processamento eletrônico exige constituir-se-iam num obstáculo à evolução do direito; 3º- a formalização do processamento eletrônico de dados jurídicos requereria uma excessiva sutileza na linguagem jurídica; 4º- a grande capacidade de memorização do computador reduziria o trabalho do jurista a um papel subalterno, podendo acarretar uma redução na sua formação profissional ao mínimo possível de conhecimento; 5º- o computador eletrônico seria mais um aliado a sujeitar ainda mais o cidadão ao Estado.¹⁹⁴

A proposta de Loevinger, a bem da verdade, consistiu no primeiro passo no sentido de se aplicar o novo método tecnológico da computação eletrônica ao campo jurídico e teve uma rápida difusão na cultura jurídica anglo-saxônica radicando-se no uso jurídico lexical. Os enfoques jurimétricos, no entanto, são realmente bastante limitados, restringindo-se à previsibilidade das decisões judiciais através do processamento eletrônico de dados jurídicos e ao uso da lógica no campo do direito, inexistindo qualquer preocupação de ordem teórica exceto quanto ao emprego da lógica simbólica. O fenômeno tecnológico-jurídico que a *jurimetria* designa exprime uma idéia de mensuração do direito, ou, ao menos, de uma quantificação de alguns aspectos da experiência jurídica. Entretanto, a afirmação no sentido de que a disciplina de Loevinger não teria logrado êxito naquilo que de mais importante havia se proposto: *a previsibilidade das decisões judiciais*, mormente nos países que, como o Brasil, adotam o sistema do direito legislado, é merecedora de questionamentos.

Tais argumentos baseiam-se na assertiva de que é bastante difícil prever o conteúdo de decisões judiciais num ordenamento jurídico que adote um sistema no qual uma única lei pode lograr interpretações diversas. Diferentemente, nos Estados que adotam um sistema derivado do *Common Law*, onde a produção legislativa é bem menos acentuada, os precedentes judiciais possuem força vinculante. A isto, some-se ainda o argumento de que os efeitos provocados por uma declaração de inconstitucionalidade de lei, no sistema de controle do tipo concentrado, seria mais um fator a pesar contra a previsibilidade de como se decidirão as hipóteses concretas reguladas por uma norma cuja vigência é suprimida pela

¹⁹⁴ Ibidem, p. 5-9.

Corte Constitucional. Com efeito, podem os juízes no nosso sistema ao aplicar uma mesma lei atribuir interpretações distintas umas das outras.¹⁹⁵

Isto, porém, não é argumento suficiente para condenar aquela proposta jurimétrica. Perez Luño, por exemplo, considera esta crença totalmente equivocada em razão da influência vinculante que os precedentes acarretam na prática forense.¹⁹⁶ Na Espanha, exemplificativamente, a força dos precedentes é bastante significativa sendo admissível o recurso de cassação por infração à lei ou à doutrina legal,¹⁹⁷ colimando reformar decisões contrárias à lei ou às tomadas pelo Tribunal Supremo. Na Itália, a Corte de Cassação dispõe de um sistema computacional cuja finalidade é ordenar e informar os seus membros componentes sobre os precedentes jurisprudenciais. Na Alemanha no ano de 1967, foi criado um sistema com a finalidade de compilar em forma de repertório as decisões judiciais sobre matéria fiscal, possibilitando a uniformização dos julgados.¹⁹⁸ A uniformidade nos julgados constitui-se num objetivo processual hoje perseguido pela absoluta maioria dos países adotantes de ordens jurídicas derivadas do direito romano. No caso do Brasil, talvez signifique uma verdadeira questão de sobrevivência sistemática, posto que a inflação processual verificada maiormente no absurdo número de recursos está a pôr em xeque a efetividade das decisões judiciais. Enfrentemos agora a questão da vinculação dos precedentes.

¹⁹⁵ A propósito a revista “Veja” publicou uma matéria sobre o Poder Judiciário com a epígrafe: “*Sem Lei Nem Ordem*”, onde se constatou que: “*Existe mais de um milhão de leis no Brasil, e por isso é comum encontrar sentenças diferentes para um mesmo caso. Um exemplo são duas ações de interrupção de gravidez que tramitaram neste ano no mesmo Fórum Lafayette em Belo Horizonte. Em março, o juiz Luciano Pinto, 43 anos, autorizou a faxineira Zélia Rosa de Jesus a fazer um aborto (...) Dois meses depois outro juiz, Antônio de Pádua Oliveira, 53 anos, negou autorização para um caso idêntico...*”. VEJA, Revista, ano 29 nº 50 de 11 de dezembro de 1996, p. 62.

¹⁹⁶ “*Cabría pensar que en los sistemas romanistas el interés por este tipo de investigaciones es menor, dado que en ellos el precedente no es vinculante, tiéndose a lo sumo en cuenta a título orientativo. Esta creencia es totalmente falsa, ya que si bien el jurista teórico puede subestimar el valor vinculante de la jurisprudencia, la práctica jurídica se orienta hacia una fuerza más o menos obligatoria del precedente*”. LUÑO. *Cibernética informática e derecho: un análisis metodológico*, p. 66-67. Grifou-se.

¹⁹⁷ Por doutrina legal entenda-se a manutenção pelo Tribunal Supremo de suas decisões.

¹⁹⁸ LUÑO. *Cibernética informática e derecho: un análisis metodológico*, p. 68.

10. O poder vinculante reflexo ou indireto (provocado ou necessário) e a possibilidade jurimétrica de previsibilidade de decisões futuras no Brasil.

No ordenamento jurídico brasileiro o prejudgado tem o objetivo de permitir a uniformidade do direito objetivo, teve origem nas Ordenações Manuelinas, tendo sido admitido no Brasil pelo Decreto nº 16.273 de 20 de dezembro de 1923, que objetivou a reorganização da Justiça do Distrito Federal. É bastante assemelhado à coisa julgada, embora sua incidência somente se verifique sobre questões de direito. A função maior do prejudgado, consoante Antônio Tito Costa, é proclamar qual a interpretação que se há de dar à lei, considerando-se o que já fora decidido precedentemente.¹⁹⁹ No Brasil, o problema da *antevisão* a respeito de como o Judiciário decidirá determinada matéria resume-se à primeira instância, pois nos órgãos judicantes colegiados isto é perfeitamente factível. Ressalte-se que o Código de Processo Civil brasileiro prescreve em seu artigo 476, que qualquer juiz de tribunal ao proferir o seu voto, independente de o julgamento ser de competência de turmas, câmaras ou grupo de câmaras, deve solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito, quando verificar que a seu respeito existe divergência ou interpretação diversa da que lhe haja dado outro órgão colegiado do mesmo tribunal. Nosso código eleitoral, mais incisivamente, declara expressamente no artigo 263, que no julgamento de um mesmo pleito eleitoral, as decisões anteriores sobre questões de direito constituem *prejulgados* para os demais casos. Para que esta hipótese não incida, exige-se que dois terços dos membros do mesmo tribunal votem contra a tese já firmada. Devendo-se ressaltar que o código eleitoral de 1950, no artigo 161, também albergava o prejudgado em termos textuais idênticos aos da norma eleitoral vigente.

O professor José Pereira Lira prefaciando a obra “*Direito Sumular*” de autoria de Roberto Rosas, registrou que os enunciados das súmulas de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal marcam uma nova fase de nossa história jurídica. Possuindo força de lei constituem-se numa espécie de para-legislação, aonde nosso tribunal maior é “*um legislador, verdadeiro e real com a faculdade de condicionadamente, criar a norma, de*

¹⁹⁹ COSTA, ap. FERREIRA, Pinto. *Código eleitoral comentado*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 274, 307-310.

alterá-la, e, mesmo de revogá-la”.²⁰⁰ É verdade que isto, por si só, não obriga nem vincula os órgãos jurisdicionais de instâncias inferiores, no entanto, qualquer decisão que contrarie um enunciado sumulado, -- e isto é extensivo não apenas ao Supremo Tribunal Federal, mas a qualquer tribunal brasileiro -- chegando à corte “*ad-quem*” em grau de recurso vem sendo interativamente reformada. O que significa, sob outra óptica, que no Brasil os precedentes embora não gozem expressamente de poder vinculante nestas hipóteses serão sempre observados, o que, de uma forma ou de outra, permite-se **prever** como o poder judiciário decidirá determinado assunto.

Na prática forense brasileira as súmulas de jurisprudência gozam de uma indiscutível força vinculadora, a que se pode denominar de ***poder vinculante reflexo ou indireto***, o qual subdividimos em: ***poder vinculante reflexo provocado***, quando a imposição do preceito sumulado verificar-se em decorrência de provimento de recurso voluntário da parte sucumbente; e ***poder vinculante reflexo necessário***, quando a injunção da hipótese sumulada ocorrer pelo provimento e reforma de uma decisão monocrática, submetida à apreciação da Corte “*ad-quem*” em razão de reexame necessário que a lei impõe em algumas situações (artigo 475 do CPC). Corroborando esta tese firma-se o parágrafo primeiro do artigo 30, do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que determina que se negue *seguimento* a recursos que contrariem enunciados sumulados.²⁰¹

Na hipótese supra a força da vinculação reflexa ou indireta dos precedentes pode ser observada sob dois prismas: no primeiro, se o juiz federal de 1ª instância decide em conformidade com o teor do enunciado, o poder vinculante indireto das decisões sumuladas do TRF evidencia-se na denegação do seguimento do recurso que suplicava por um pronunciamento judicial contrário à decisão recorrida. Isto porque sua reforma

²⁰⁰ ROSAS, Roberto. *Direito sumular*, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 07-09.

²⁰¹ Vejamos uma recente decisão na qual o juiz Araken Mariz, integrante desta Corte, aplicou a referida norma regimental, “*verbis*”: “*Vistos, etc. – Discute-se, nos autos, a auto-aplicabilidade dos parágrafos 5º e 6º do artigo 201, da Constituição Federal, referentes ao valor mínimo do benefício previdenciário e da gratificação natalina. – Trata-se de matéria já apreciada por este egrégio Tribunal, que emitiu a súmula nº 08, cujo teor é o seguinte: ‘São auto-aplicáveis as regras dos parágrafos 5º e 6º do art. 201 da Constituição Federal ao estabelecerem o salário mínimo e a gratificação natalina para o benefício previdenciário. – O recurso ora em exame contraria a súmula supramencionada, motivo pelo qual lhe nego seguimento, nos termos do art. 30, parágrafo 1º, item II, do Regimento Interno deste Tribunal. – Publique-se’*”. Publicado no D.O de 08 de dezembro de 1995.

implicaria na contrariedade do entendimento já firmado *precedentemente* pelo próprio órgão revisor; num outro enfoque, se o juiz monocrático federal decidisse contrariamente à súmula – o que lhe seria lícito, pois no Brasil as súmulas não obrigam os juízes a decidirem de acordo com seus enunciados -- a *vinculação reflexa* observar-se-ia, em havendo recurso, pelo seu conhecimento e provimento com conseqüente reforma da sentença, adequando-a aos precedentes.

Quanto à problemática que o sistema de controle concentrado de constitucionalidade das leis traria para a antevisão dos julgamentos, é preciso esclarecer que a tradição norte-americana gerou um sistema de controle constitucional difuso de natureza técnico-jurídica. Por este motivo, há quem afirme que tal sistema não se caracteriza verdadeiramente como uma espécie de jurisdição constitucional. Já o sistema europeu desenvolveu-se como resposta aos ataques de natureza ideológica e política sofridos pela Constituição. Os sistemas que daí surgiram não poderiam ter essência diferente: política e ideológica. O Brasil possui hoje um sistema que é considerado como misto, combinando o controle difuso (americano), por via de defesa, com o concentrado (europeu) através de procedimento direto de inconstitucionalidade por ação ou por omissão.²⁰² Com Ivo Dantas verificamos que os efeitos provocados por uma declaração de inconstitucionalidade, cuja irradiação opera-se *erga omnes*, alcança a todos inclusive para as situações futuras, já que a lei declarada inconstitucional perde sua vigência. Extrapola, assim, o âmbito estrito da relação jurídica processual, típico do regime de exceção no qual a lei declarada inconstitucional, por esta via, pode ainda ser aplicada para outros casos idênticos, pois continua em vigor.²⁰³

Ora, se uma lei declarada inconstitucional é revogada, queda-se, pois, previsível a maneira pela qual as situações fáticas por ela reguladas serão a partir de então regidas. O entendimento do Pretório Excelso mesmo antes da vigência da lei nº 9.868/99, já era no sentido de que se restauram os efeitos da norma ou normas cuja lei ou ato normativo declarado inconstitucional porventura lhes tivessem retirado a vigência, inclusive em sede

²⁰² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, p. 478-. Ressalve-se que a opinião deste autor, no entanto, é no sentido de que o sistema norte-americano se constitui numa forma de jurisdição constitucional, destinada a compor litígios constitucionais.

²⁰³ DANTAS, Ivo, op. cit., p. 148.

de liminar, onde esta situação evidentemente, seria provisória.²⁰⁴ Veja-se que esta posição do Supremo Tribunal Federal antes da mencionada lei representava não mais que uma mera liberalidade decisória, e mesmo assim o pretório excelso vinha uniformizando sua jurisprudência neste sentido, o que, agora, por força da lei, é obrigatório.

É possível com esses argumentos observar que as críticas à *jurimetria* quanto à previsibilidade do comportamento judicial em países que adotam o sistema romanista, em nosso entendimento, devem ser relativizadas - exceto quanto à primeira instância -, seja por conta da existência de um poder vinculante reflexo dos precedentes sumulados, seja porque o raciocínio relativo ao controle de constitucionalidade concentrado é, por si só, insuficiente e frágil, para afastar este enfoque jurimétrico, pois a decretação de

²⁰⁴ Neste sentido, decidiu o Ministro Celso Mello, acompanhado à unanimidade pelos seus pares, vejamos. Ementa: “Ação Direta de Inconstitucionalidade. - Controle normativo abstrato. - Natureza do ato inconstitucional. - Declaração de inconstitucionalidade. - Eficácia retroativa. - O Supremo Tribunal Federal como “legislador negativo”. - Revogação superveniente do ato normativo impugnado. - Prerrogativa institucional do poder público.- Ausência de efeitos residuais concretos.- Prejudicialidade. - O repúdio ao ato inconstitucional decorre, em essência, do princípio que, fundado na necessidade de preservar a unidade da ordem jurídica nacional, consagra a supremacia da constituição. Esse postulado fundamental de nosso ordenamento normativo impõe que preceitos revestidos de “menor” grau de positividade jurídica guardem, “necessariamente”, relação de conformidade vertical com as regras inscritas na carta política, sob pena de ineficácia e de inaplicabilidade. Atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em consequência, de qualquer carga de eficácia jurídica. - A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do poder público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe. - Ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos. - A possibilidade de invocação de qualquer direito. - A declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida ao supremo tribunal federal, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na carta política, com todas as consequências daí decorrentes, inclusive a plena restauração de eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional. Esse poder excepcional, que extrai a sua autoridade da própria carta política, converte o Supremo Tribunal Federal em verdadeiro legislador negativo. - A mera instauração do processo de fiscalização normativa abstrata não impede o exercício, pelo órgão estatal competente, da prerrogativa de praticar os atos que se inserem na esfera de suas atribuições institucionais: o de criar leis e o de revoga-las. - O ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade não tem, pois, o condão de suspender a tramitação de procedimentos legislativos ou de reforma constitucional que objetivem a revogação de leis ou atos normativos cuja validade jurídica esteja sob exame da corte, em sede de controle concentrado. - A suspensão cautelar da eficácia do ato normativo impugnado em ação direta, não obstante restaure, provisoriamente, a aplicabilidade da legislação anterior por ele revogada, não inibe o poder público de editar novo ato estatal, observados os parâmetros instituídos pelo sistema de direito positivo. - A revogação superveniente do ato normativo impugnado, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, impede, desde que inexistentes quaisquer efeitos residuais concretos, o prosseguimento da própria ação direta”. Confira-se: “Informa Jurídico”, Versão nº 10, CD-ROM- PROLINK SOFTWARES.

inconstitucionalidade de uma lei não acarreta qualquer óbice quanto à regulamentação das matérias por ela tratadas, sendo perfeitamente previsível como se dará sua regulação. Glendon A. Schubert, estudioso do direito naquilo que se relaciona com a previsibilidade das decisões judiciais, acredita que um saber somente adquire status de ciência quando demonstrar sua capacidade em prever de forma exata o comportamento dos elementos que a compõem. A fixação da atenção no comportamento dos juízes permite que se preveja corretamente as decisões judiciais futuras.²⁰⁵

11. Jurimetria: processamento eletrônico de dados e lógica.

Os três setores da *jurimetria* estão umbilicalmente correlacionados e têm como ponto comum o uso do computador eletrônico. É que para realizar o intento de previsão das decisões judiciais este método estatístico não seria capaz sequer de se propor a tal escopo se utilizasse como instrumento operativo o tradicional sistema de documentação não informatizado eletronicamente. Assim, a tarefa de recuperação de dados jurídicos fora confiada aos computadores eletrônicos, que se utilizando do “cálculo das probabilidades” e aplicando-o às decisões judiciais, propôs-se a prever o conteúdo das sentenças futuras. E isto se deu quando os meios tradicionais de recuperação de dados revelaram-se obsoletos, ante sua incapacidade de processar com a rapidez que só a máquina eletrônica possui, informações jurídicas que formariam determinada estrutura básica de previsibilidade de sentenças ou acórdãos.

O uso da lógica formal aplicado à *jurimetria* justifica-se porque as proposições desse tipo de lógica são compatíveis com a linguagem computacional eletrônica, são inteligíveis e executáveis tanto pelo *software* quanto pelo *hardware*. Nisto é deveras importante o esclarecimento no sentido de que o fato de o *hardware* operar em sistema binário não representa óbice a tornar impossível o uso de linguagens que empregam lógica com mais de dois valores. A inexistência do problema decorre de as linguagens

²⁰⁵ SCHUBERT, ap. GARCIA, op. cit., p. 106-107.

computacionais de alto nível serem capazes de operar com lógicas com mais de dois valores, às quais o computador, por meio de programas tradutores, responde a seus impulsos e executa suas ordens com perfeição, no sistema interno binário. Ademais o *firmware*, que em virtude de ser pré-gravado no *hardware*, tende a modificar a concepção tradicional de que *software e hardware* são elementos estanques, ocasionando uma espécie de simbiose, facilitadora do uso de lógicas com dois ou mais valores pelos computadores. O computador, pois, é o instrumento de ilação e intersecção entre a previsão de decisões judiciais e o uso da lógica. Em conclusão pode-se atestar que resta evidenciado que Loevinger foi o precursor desta nova teoria jurídica, não obstante o fato de Wiener, precedentemente, haver sugerido a conexão entre sua *cibernética* e o *direito*. O relevante a ser considerado aí, é que, nada obstante isto, Wiener não chegou a formular uma teoria jurídica em termos similares a de Loevinger, o que é compreensível ante sua formação de matemático e não de jurista.

No Brasil, o pioneiro a escrever sobre a disciplina em comento foi o Desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco e professor da *Faculdade* de Direito do Recife, José Antônio Macedo Malta, em artigo intitulado “*Modelística e jurimetria*”, onde registrou já em novembro de 1972, que o então Ministro do Planejamento e Coordenação do Brasil, João Paulo dos Reis Vellozo, sugerira à ONU a criação de um organismo internacional, cuja finalidade seria a de orientar a aplicação da tecnologia computacional em países em desenvolvimento. Este professor desde já alertava para o fato da impossibilidade de os juristas procederem à leitura de toda a produção jurídica, “... *seja pela exigüidade de tempo, seja pela deficiência qualitativa ou quantitativa da pesquisa. A busca de documentos e informações, normalmente efetua-se de modo empírico e artesanal...*”.²⁰⁶

As inúmeras críticas disparadas contra a *jurimetria* demonstraram-se bastante salutar, na medida que proporcionaram o nascimento de novas doutrinas jurídico-cibernéticas, contribuindo para o aprimoramento deste emergente ramo da *ciência jurídica*, fato que será agora demonstrado.

²⁰⁶ MALTA, José Antônio. *Modelística e jurimetria*. Tribuna da Justiça de Pernambuco, 11 de fevereiro de 1973.

12. O direito artificial: esclarecendo as posições de Goffredo Telles Júnior e Vittorio Frosini.

A expressão '*direito artificial*' denota sentidos diferentes: numa concepção formulada por Goffredo Telles Júnior designa o fenômeno da imposição governamental que proíbe movimentações sociais humanas que não deveriam ser proibidas. Seria também artificial o direito decorrente de imposição de órgãos estatais consistente numa ordenação jurídica em discordância com os ideais apontados pelo sistema de referência da própria sociedade. Nestas hipóteses Goffredo considera que “...a ordenação imposta é um *Direito artificial*. É um *Direito* que não exprime a realidade biótica da sociedade. É um *Direito* desajustado, às vezes corrompido e às vezes corruptor. É um *pseudodireito* e, às vezes, um *antidireito*”. Vê-se, pois, que o conceito de *direito artificial* deste professor é inteiramente contraposto ao de direito natural: “O *Direito natural* é o *Direito* que não é artificial. É o *Direito* consentâneo com o sistema ético de referência, vigente uma dada coletividade”.²⁰⁷

Já em Vittorio Frosini encontramos outra concepção para o *direito artificial*, o qual não é visto como um “pseudodireito” mas representa o direito decorrente do uso da tecnologia sendo capaz de atribuir um ‘logos’ à técnica. Sua contextualização teórica na ciência do direito, ao contrario da proposta por Telles Júnior, não se contrapõe ao direito natural. Ao contrário, a contraposição entre direito natural e direito artificial não transborda as raias da semântica. Na verdade o direito artificial de Frosini propõe a *ressurreição* do direito natural para transformá-lo numa jurisprudência “*more geometrico demonstratata*”. Passemos à sua análise.

13. Carnelutti: a morte do direito e a revitalização do direito natural.

²⁰⁷ TELLES JÚNIOR, Goffredo. *O direito quântico. Ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1980, p. 421 e 422.

O direito artificial e a Giuritecnica: a *physis* e a *techne*.

O tecnicismo puramente formalista do direito adotado pelo positivismo fez derivar uma cisão entre fato e valor, entre lógica e ética, proporcionando uma grande crise verificada na Alemanha com o advento do nazismo. Sobre esta crise do *direito* Carnelutti escreveu, em 1945, um artigo intitulado ‘*Moral e direito*’, no qual consigna a inimaginável perplexidade do mundo jurídico acerca dos transtornos sofridos pelas instituições jurídicas com a inversão de valores, passando pela lei ao contrato, do processo ao delito, do poder ao dever, que representou nada menos que um aspecto do trágico epílogo e um desvio da humanidade.²⁰⁸

Num outro ensaio intitulado “*A morte do direito*”, Carnelutti acentuava agora sua orientação no sentido de uma revitalização integral do *jusnaturalismo* de tradição católica. No mesmo momento, na Alemanha, Gustav Radbruch também se convertia ao *jusnaturalismo* opondo-se ao movimento “*Gesetz ist gesetz*”, para em 1946 escrever o seu “*Direito legal e direito supralegal*”.²⁰⁹ Na segunda metade do século XX renascia na Europa o *direito natural* revitalizando valores éticos e contrapondo-se ao império da lei quando contrária à consciência ética, reafirmando ainda os direitos invioláveis do homem. A literatura jurídica de então volta sua atenção para o aspecto, semântico, lógico, e tecnológico do direito, realçando a insuficiência da questão *ideológica* ou emotiva.²¹⁰

Foi nesse contexto, que, com o advento da era da cibernética surgiu o problema do “*direito artificial*”, denominação empregada por Frosini em contraposição, exclusivamente semântica, como já dissemos, à expressão “*direito natural*”, por se constituir na antítese do vocábulo natureza: a *physis* do grego é precisamente aquela chamada de *techne*, ou seja, a criação artificial.²¹¹ O *direito artificial-cibernético*

²⁰⁸ “*La crisi del diritto, della quale mai al mondo si sarebbe potuto immaginare l’eguale, ché tutti i suoi istituti, dalla legge al contratto, dal processo al delitto, dal potere al dovere, ne sono esconvolti, anzi capovolti, non è e non potrebbe essere se non un aspetto del tragico epílogo d’uno sviamento dell’umanità*”. CARNELUTTI, ap. FROSINI, Vittorio. *Cibernetica, diritto e società*, p. 12.

²⁰⁹ FROSINI, op. cit., p. 13.

²¹⁰ Ibidem.

²¹¹ Ibidem.

proporciona a perspectiva de solucionar o problema do ordenamento jurídico através do uso do computador eletrônico, servindo de passagem para conectar a *cibernética* à *jurisprudência* com o uso da lógica simbólica no terreno cultural do estudo jurídico e da álgebra de Boole. Para tanto, fora necessário, a princípio, reduzir o problema jurídico a uma dimensão lógica capaz de proporcionar sua transformação a ponto de permitir submetê-lo a um processamento eletrônico da informação jurídica, cujo resultado seria considerado como *direito artificial* devido a um raciocínio perfeitamente objetivo e, assim, totalmente tecnizado.

Para se considerar *artificial* o *direito* deve conter a nota da neutralidade emocional, além de viabilizar na vida jurídica prática uma aplicação da lei através de uma metodologia que lhe proporcione na verdade uma inteligência privada de paixão, inspirada por uma pura racionalidade. Frosini acredita na possibilidade, tanto teórica quanto prática, em realizar concretamente uma tal hipótese, ainda que esta conversão importe numa certa limitação do problema jurídico.²¹² Nossa história presente e futura é determinada pelo imprevisível progresso da ciência, bem como pela mutação da técnica de informação. A era cibernética projetou seus efeitos no raciocínio humano e por consequência no raciocínio jurídico. Diante desta nova alternativa faz-se mister questionar se a humanidade não está, mais uma vez, ante uma nova e mais decisiva revolução com sua transformação de *natural* em *artificial*.²¹³

O *direito artificial* representa um modelo que exerce particular atração numa sociedade caracterizada pelo avanço tecnológico, suscitando perplexidade enquanto o senso crítico do jurista é alimentado pela tradição humanista, onde a possibilidade de aplicação da tecnologia como processo de racionalização operante constitui-se numa nova forma de ver o mundo, no qual a humanidade vai assumindo uma nova fisionomia espiritual, semelhante à mentalidade tecnológica, para transformar-se numa sua segunda e renovada natureza, não sendo demasiado falar-se numa segunda revolução industrial, ou tecnológica.²¹⁴ Wiener, em “*Cibernética e sociedade - o uso humano de seres humanos*”, dedica o capítulo nono dessa obra à análise da “segunda revolução industrial”, ou seja, a *revolução tecnológica*,

²¹² Ibidem.

²¹³ Ibidem, p. 38.

²¹⁴ Ibidem.

comparada na sua visão a uma espada de dois gumes porque tanto pode ser usada para o benefício da humanidade quanto para destruí-la, se não for empregada inteligentemente.²¹⁵ Também Perez Luño, como já visto neste mesmo capítulo, refere-se à *segunda revolução industrial* como a revolução da cibernética que possibilitou, através dos computadores eletrônicos, a realização do trabalho de controle funcional de máquinas por máquinas.

Será com o auxílio da cibernética e da automatização que se poderão fixar, com exatidão, os limites entre os métodos de trabalho racionais e irracionais do jurista, para, com base nesse processo, transformar a teoria do *direito natural* numa metodologia estrita das normas. O *direito artificial* vem, pois, ressuscitar uma velha aspiração do jusnaturalismo iluminista para transformá-lo numa Jurisprudência ‘*more geometrico demonstrata*’,²¹⁶ onde o *direito natural* assume o papel de máximo instrumento racionalizador.²¹⁷ O *direito artificial-cibernético* pode ainda contribuir para a superação da aparente antítese entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, no que se refere à questão da segurança jurídica, através de um raciocínio perfeitamente objetivo que expresse a verdadeira justiça material, cuja hermenêutica do *direito* positivo traria em si tal ideal. A contraposição existente entre o *direito natural* e o *direito artificial* exaure-se no âmbito da semântica, posto que em sua finalidade ética este último objetiva restabelecer, com o emprego da tecnologia cibernética à experiência jurídica, a hegemonia jusnaturalista.

Nesse contexto a mais importante função da filosofia do direito é religar o seu autêntico sentido com os ideais motrizes da ciência e da técnica, devendo corresponder à missão de se antecipar aos movimentos culturais, prevendo as possibilidades últimas que a técnica e a ciência podem oferecer à experiência jurídica, ajustando-a às exigências do homem no desenrolar das situações históricas. Porém, como adverte Luño, toda reflexão jusfilosófica sobre a técnica que não auto-limite arbitrariamente seu próprio campo, desembocará necessariamente numa teologia.²¹⁸ O paralelo entre metodologismo e teologia é encarado por Nelson Saldanha com algumas reservas, pois, para ele, o metodologismo

²¹⁵ WIENER, op. cit., p. 159.

²¹⁶ Norberto Bobbio considera a jurisprudência “*more geometrico demonstrata*”, como um sistema de normas deduzidas de alguns princípios evidentes ou naturais. Neste sentido: GARCIA, op., cit., p. 174.

²¹⁷ LUÑO, op. cit., p. 78.

²¹⁸ Ibidem.

traduz-se num mister reducionista, ao contrário da teologia que por não ser um saber analítico, mas sintético, somente pode assim ser concebida quanto ao aspecto de ensinar à suprema elevação uma única e infalível verdade.²¹⁹

As repercussões da cibernética na teologia já foram abordadas por vários autores, a começar pelo seu próprio criador Norbert Wiener, que dedicou uma de suas últimas obras: “*God and golem*”, à análise das repercussões religiosas na nova ciência, tentando elucidar até que ponto o homem seria um ser capaz de criar uma máquina feita à sua imagem e semelhança. Ainda com o mesmo escopo encontramos Neville Moray, cujo fundamental propósito de seu estudo sobre a cibernética é o de desvendar inquietudes suscitadas no âmbito da comunidade católica quanto a uma possível incompatibilidade entre os valores religiosos e os estudos cibernéticos.²²⁰ A incidência de um novo procedimento tecnológico no plano jurídico verifica-se no âmbito mais vasto da transformação contemporânea da metodologia da pesquisa científica. Suas ligações entre o homem e o seu objeto produzem efeitos no mundo jurídico consistentes numa verdadeira revolução intelectual ligada ao conhecimento operativo do direito, aonde a consciência nomológica deve transformar-se num fragmento reflexivo da consciência tecnológica.²²¹ Tornou-se, pois, necessário trazer à baila uma expressão que fosse capaz de designar esta nova condição do trabalho mental do jurista: *a giuritecnica*.

14. A *Giuritecnica* (a ciência da técnica): pela diferenciação entre técnica e tecnologia e pela compenetração entre o jurídico e o tecnológico.

A expressão *giuritecnica* designa os experimentos da computação eletrônica no mundo jurídico, representando um novo símbolo semântico de fácil fungibilidade e capaz de retratar o atual instante emergente no domínio da nova experiência jurídica. Por

²¹⁹ SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia. Secularização e crise no pensamento jurídico*. Belo horizonte: Del Rey, 1993, p. 105-106.

²²⁰ MORAY, ap. LUÑO, op. cit., p. 56.

²²¹ FROSINI, op. cit., p. 173.

Giuritecnica deve-se entender a tecnologia jurídica, isto é, a produção de atos da metodologia operativa no campo do direito resultante da aplicação do procedimento e do instrumento tecnológico. A “*Giuritecnica*”, porém, não se confunde com a tradicional “técnica do jurista”, ou seja, com o método de formulação normativa e de interpretação e aplicação da norma ao caso concreto. Consiste numa habilidade de previsão jurisprudencial e legislativa e de análise dos dispositivos legais, direcionando o trabalho revolucionário do jurista para um fim prático de solução do problema jurídico. Não se trata de uma técnica, mas de uma tecnologia.²²²

A diferença entre técnica e tecnologia é estabelecida de maneira convencional do seguinte modo: o significado específico de toda técnica é a aplicação do saber científico visando a uma realização prática, o estudo da técnica por sua vez recebe o nome de tecnologia. A técnica concerne ao momento instrumental, prático do saber, a ciência considera o conhecimento como fim; a ciência da técnica é a tecnologia. A técnica é considerada como um instrumento do conhecimento e não de experimentação prática. A tecnologia contemporânea é ainda, diversamente da técnica, uma forma de conhecimento científico, eis que é precisamente o resultado da compenetração entre ciência e técnica, consistente na atribuição de um *logos* à técnica, reconhecendo-lhe uma função cognitiva. É preciso deixar claro que a tecnologia jurídica não concerne somente ao uso da máquina no âmbito da experiência jurídica e, em particular, a utilização do computador eletrônico para alcançar uma economia de tempo e de energia.²²³

O problema da *Giuritecnica* pode ser traduzido numa compenetração entre o jurídico e o tecnológico, de tal modo que obriga uma mutação de mentalidade dos estudiosos e dos operadores do direito, impingindo-lhes um afastamento do esquema mental do formalismo jurídico, ao qual estavam habituados e onde o *direito* era considerado como um reduzido universo escrito sobre códigos. Frosini oferece-nos um exemplo deste novo confronto com a realidade, que ora se impõe ao jurista da era tecnológica: o aspecto documental do processo judiciário. O juiz, como se sabe, esteve sempre acostumado no trato do processo com o uso de ferramentas que com o progresso foram quedando-se

²²² Ibidem.

²²³ Ibidem.

obsoletadas, a exemplo da substituição da pena pela caneta esferográfica e desta, pela máquina de escrever. Com o advento da tecnologia eletrônica, com a real possibilidade do emprego de recursos telemáticos e informáticos ao processo, este tende a uniformizar-se de maneira unitária e compacta, não fragmentada. A tecnologia apresenta-se como instrumento de conhecimento imediato da realidade, antes invisível: é técnica e é logos.²²⁴

15. A *Giuritecnica* e a ficta personalidade do computador.

A *Giuritecnica* encontra no computador eletrônico seu núcleo gerador de interesse e o considera não como um substituto do juiz nas tarefas decisivas mais complexas, mas, sem dúvida, ele representa um novo personagem social: “*una persona ficta*”, cuja realidade e presença operante obriga-nos a assim considerá-lo. O âmbito de estudo da *Giuritecnica* não deve restringir-se a isto e considerar-se exaurido somente na esfera da questão atinente ao processamento eletrônico de dados. O problema de ordem metodológica e operativa que a *Giuritecnica* impõe ao interesse do jurista contemporâneo pode ser definido como o de uma nova fronteira do *direito*, agora aberto para uma perspectiva voltada para projetar o novo território que se estende para o futuro. O emprego do computador eletrônico na problemática jurídica, questionado como instrumento de controle da vida social, fez vicejar uma notável literatura sobre o assunto, na qual evidencia-se a necessidade de um controle jurídico sobre o próprio computador. Isto, porém, esclareça-se, não é um problema de estrita competência da *Giuritecnica*, mas sim do “*direito da tecnologia*”, isto é, do *direito artificial-cibernético*.

Tudo isto põe em relevo o ponto de ruptura da nova fronteira juritécnica, implicando no reconhecimento jurídico da importância social assumida pelo computador, na necessidade de se tomar uma adequada consciência da difusão ótima do seu uso. Foi esta abertura de perspectiva nova que levou Losano a prever a criação de uma “*società informatica*”, fundamentando sua análise numa atividade programada da classe dirigente

²²⁴ Ibidem.

japonesa considerada como parâmetro de um futuro não utópico, mas já operativo e modelístico. A *Giuritecnica*, ressalte-se, não se traduz num problema de técnica jurídica, mas no condicionamento do processo tecnológico da convivência social, com relevância para a automação eletrônica da pesquisa jurisprudencial. Sob o ponto de vista metodológico, adentramos no setor mais vasto da classificação automática de pesquisa e documentação, que é objeto de estudo de vários saberes: lógica simbólica, lexicografia, lingüística, teoria dos sistemas, mas é aqui que se realiza uma nova síntese entre *direito* e tecnologia.²²⁵

Esses são certamente os seus aspectos mais relevantes, onde todo o estudo do *direito* pode ser, nos dias atuais, intenso como o aprendizado de um método operacional de impulso, controle e correção do comportamento humano, numa relação estrutural da ação e como tal configura-se num termo tecnológico. A sua fronteira mais avançada, como defende Frosini, é a *Giuritecnica*, pois revela-se como: “...una frontiera in movimento, verso la quale è rivolto l’interesse dei giuristi aperti alle nuove esperienze intellettuali della civiltà tecnologica e solleciti di procedere a passo con il proprio tempo verso il mondo del futuro”.²²⁶

Como se constata algumas proposições da *Giuritecnica* coincidem e se confundem com outras da *Jurimetrics*, pois bem, foi objetivando reunir todas as vertentes teóricas e empíricas do direito artificial, que Mario Losano criou a expressão *Juscibernética*, para designar toda e qualquer aplicação presente ou futura da cibernética ao *direito*, incluindo-se o uso dos computadores eletrônicos, o tratamento e transporte da informação jurídica, com o emprego dos métodos cibernéticos, que, com realçado caráter unificador, permite abarcar numa única seara todas as denominações e métodos utilizados até então, mas que apenas designavam aspectos parciais da projeção cibernética no universo jurídico. Passe-se, pois, ao seu estudo.

²²⁵ Ibidem.

²²⁶ FROSINI. *Cibernetica diritto e società*, p. 184-185. A tradução do texto entre aspas é a seguinte: “uma fronteira em movimento, para qual é voltado o interesse dos juristas abertos às novas experiências intelectuais da civilização tecnológica e pronta para proceder a passagem com o próprio tempo, para o mundo do futuro”.

16. Do direito cibernético.

A expressão Direito Cibernético designa a teoria de Mario Giuseppe Losano, é o mesmo que *juscibernética*. Para chegar a esta expressão Losano inspirou-se nos modelos “jusnaturalismo”/“juspositivismo” e ainda nos adjetivos “juspublicístico”, “jusprivatístico” e “jusfilosófico”, mas ressaltando não ser merecedora de louvores filológicos a invenção de um vocábulo da junção de termos latinos e gregos. Apesar disso, *juscibernética* é um fonema que abrange, por completo, o vasto campo das pesquisas cibernéticas voltadas para o *direito*, além de permitir sua tradução para vários idiomas sem as inconveniências da ambigüidade.²²⁷ A *juscibernética* individualiza alguns níveis da análise jurídica, possibilitando a aplicação de vários processos de pesquisa, dentre os quais, inclui-se o método cibernético. Seu contorno é subdividido em quatro campos: o primeiro deles é derivado da filosofia social e considera o direito como um subsistema relacionado com o sistema social; o segundo visa ao estudo do direito como um setor separado do resto da sociedade; o terceiro compartimento coincide com um setor já encontrado na jurimetria de Loevinger: a aplicação da lógica e de outras técnicas de formalização do Direito, pretendendo a preparação do caminho para a efetivação concreta do uso do computador; o quarto refere-se, enfim, ao uso do computador, estudando-se as técnicas computacionais necessárias para adequar a informática e a telemática à prática jurídica.²²⁸

Estas quatro abordagens, por sua vez, podem ser agrupadas em dois setores mais amplos: o primeiro deles é caracterizado por análises modelísticas, abarca os dois primeiros níveis supraditos da disciplina; o segundo abrange os dois últimos e notabiliza-se

²²⁷ LOSANO. *Informática jurídica*, p. 13-14.

²²⁸ “Il primo approccio ricade nell’ambito della filosofia sociale e consiste nel considerare il diritto come un sottosistema rispetto al sistema sociale. (...) al secondo approccio: in Europa occidentale il diritto è spesso studiato come un settore separato dal resto della società. (...) Il terzo approccio giuscibernetico ci riporta in un settore già incontrato nella giurimetria di Loevinger: l’applicazione della logica e di altre tecniche di formalizzazione al diritto, al fine di giungere ad un concreto uso dell’elaboratore (...) il quarto approccio riguarda infine l’uso dell’elaboratore, cioè l’apprendimento delle tecniche necessarie per poterlo usare nel settore giuridico”. LOSANO. *Giuscibernetica*, p. 18-20.

por relevar enfoques empíricos onde se sobrelevam métodos próprios da jurimetria loevingeriana. As abordagens do segundo grande setor coincidem com a jurimetria porque denotam métodos de pesquisas empíricos, ungidos às atividades dos pesquisadores jurídicos. À medida que esses dois campos aproximam-se da jurimetria, os dois primeiros afastam-se dela e apropinquam-se reciprocamente, revelando-se como uma aplicação da teoria dos sistemas ao universo jurídico.

Perez Luño manifesta-se favoravelmente à adoção da *juscibernética* proposta por Losano, com fulcro numa dupla ordem de razões: primeiro porque permite englobar o conteúdo de todas as denominações empregadas até então e que designavam apenas aspectos contingenciais da projeção jurídica da cibernética; segundo porque contribui para superar a finalidade restrita da jurimetria anglo-saxônica, orientada pelo cálculo estatístico dos precedentes jurisprudenciais.²²⁹ É, no entanto, merecedor de relevo o fato de que apesar de criticar a jurimetria, Losano admite, que, historicamente, ela se constitui no núcleo primitivo da *juscibernética*, com realce para a contingência de, ainda hodiernamente, alguns de seus métodos aplicarem-se à *juscibernética*.²³⁰ Em *Lições de informática jurídica*, Losano chega a afirmar que sua disciplina iniciou-se mesmo quando Lee Loevinger introduziu o uso dos computadores eletrônicos ao direito com a finalidade de aplicar a legislação americana antimonopólio (Antitruste).²³¹

As duas primeiras abordagens que fazem parte do primeiro grande compartimento revelam dessemelhanças considerando-se que no primeiro enfoque o direito faz parte de um sistema mais amplo, o mundo jurídico é tido como um subsistema do sistema social, aonde a *juscibernética* vai estudar as ligações existentes entre ambos nos moldes prenunciados pela cibernética. No segundo, diferentemente, o direito é estudado como sendo um sistema normativo, auto-regulador e dinâmico. Aqui não se estudam as relações externas, mas as inseridas no subsistema jurídico, apenas. O escopo desta abordagem é definir uma estrutura cibernética do sistema jurídico. Nos dois primeiros níveis a focalização das questões dá-se de maneira teórica, nos dois últimos, o enfoque é *empírico*. Essa bipartição dos quatro níveis em dois, teóricos e empíricos, não significa que

²²⁹ LUÑO. *Cibernética, informática y derecho: un análisis metodológico*, p. 42.

²³⁰ LOSANO. *Informática jurídica*, p. 15-16.

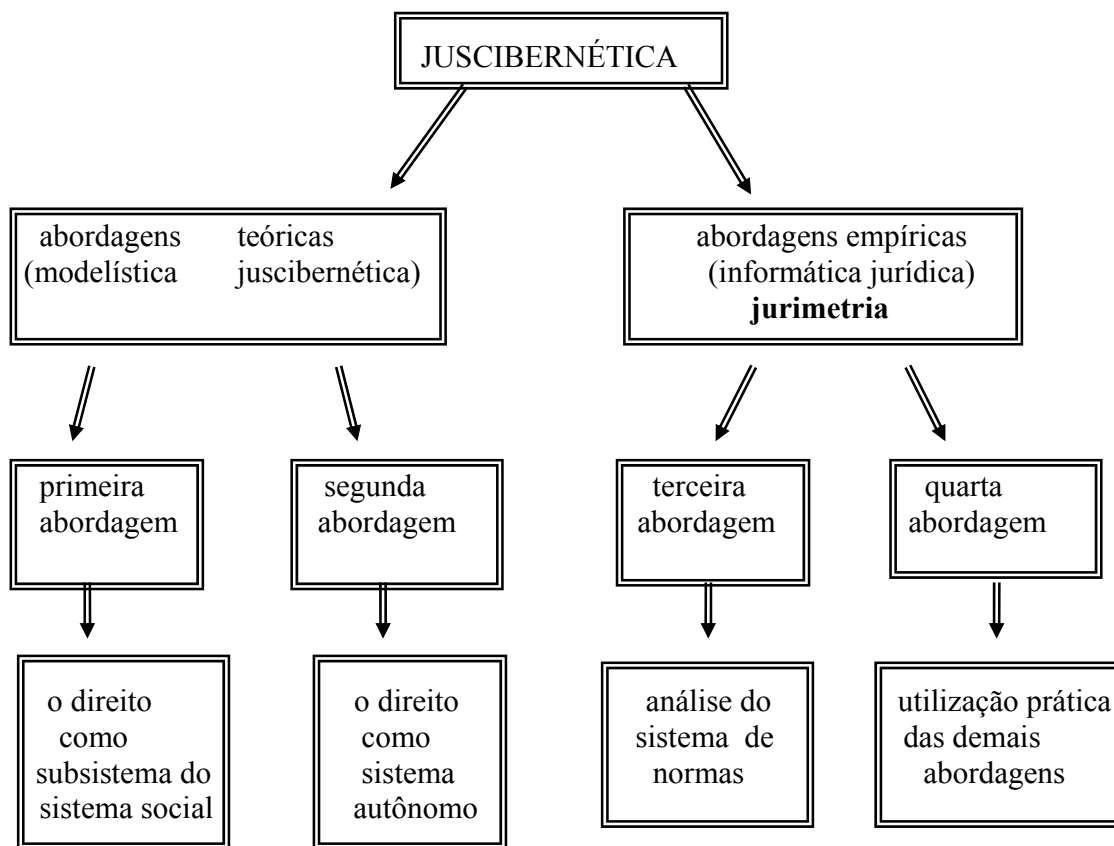
²³¹ LOSANO. *Lições de informática jurídica*, p. 21.

a pesquisa teórica realizada no primeiro coincida com a do segundo, assim como também não coincidem as pesquisas empíricas executadas nos outros dois níveis.

As abordagens empíricas são de origem norte-americana e cronologicamente anteriores às teóricas. Estas, além de posteriores, são de origem européia continental. Isto se explica porque os juristas europeus concebem o sistema jurídico de forma bem diversa da compreendida pelos anglo-saxões. A visão européia é idealista e tenta explicar o fenômeno jurídico de maneira global, sem preocupações com particularismos. Ao inverso, o jurista anglo-saxão restringe sua atividade de sistematização sem a preocupação de explicar de forma genérica o sistema compreendedor de todo o direito. Transportando esta dicotomia para o campo da *juscibernética*, pode-se verificar que os dois primeiros setores são objeto de estudos de juristas europeus continentais, porque tendem a uma construção geral e abstrata do direito - questão que desinteressa ao jurista anglo-saxão - e, nos dois últimos, as suas propostas visam a resolução de problemas jurídicos práticos, os quais também despertam interesse dos estudiosos de países regidos pelo direito legislado.

Loevinger distingue a *jurimetria* da Jurisprudência (Ciência do Direito), porque, esta se preocupa com assuntos pertinentes à natureza e fontes do direito, sua função e respectiva esfera de ação, e ainda com análises jurídicas conceituais. Ao passo que a *jurimetria* examina e aplica métodos de pesquisa científica na área do direito e suas conclusões podem ser testadas, diferentemente das da Jurisprudência que somente podem ser discutidas.²³² Com base nessa distinção loevingeriana, à Jurisprudência pertencem as duas primeiras abordagens juscibernéticas, e à Jurimetria as duas segundas. A estrutura juscibernética foi delineada por Mario Losano da seguinte forma:

²³² LOEVINGER, ap. LOSANO. *Lições de informática jurídica*, p. 21 e segs.



CAPÍTULO 03

DIREITO E RELAÇÃO PROCESSUAL

Antes de qualquer engendro sobre o tema central da presente tese pareceu-nos metodologicamente adequado preparar o campo jurídico sobre o qual incidirá, pois como afirmara Kelsen: “... *uma teoria do direito deve, antes de tudo, determinar conceitualmente seu objeto*”.²³³ Este, por seu turno, diz-nos Aftalión, é preexistente à própria ciência que o estuda, assim como os astros em relação à astronomia, a terra em relação à geografia, o direito precede à ciência jurídica.²³⁴ Encerrada a etapa propedêutico-teórica acerca das relações entre lógica e direito e entre este e a tecnologia, volver-nos-emos agora para o exame do fenômeno jurídico concebido sob o aspecto relacional. Considerando que a nossa análise é de índole processual; e que o processo é tido como uma relação jurídica; e como, enfim, iremos propor uma nova teoria geral do processo e do direito processual civil justificamos nisto os capítulos pertinentes a esta temática que se seguem ao longo desta primeira seção.

01. Definição de direito: partindo de Herbert Hart e Cláudio Souto e aportando em Lourival Vilanova. Pontes de Miranda e a distinção entre direito formal, regra sobre forma, direito material e regra sobre conteúdo.

²³³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução por João Baptista Machado. Original em alemão: *Reine Rechtslehre*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 159.

²³⁴ Aftalión, Enrique R. *Introducción al derecho*. Buenos Aires; 1988, p. 197.

Antes de declarar o seu conceito sobre direito, Hart, parte para a análise de três tradicionais premissas: 1- *o direito como ordens baseadas na ameaça de coerção*; 2- *o direito como uma obrigação moral*; e 3- *o direito como uma questão de regras jurídicas*. Na primeira delas vislumbra a definição de Austin, que grande influência exerceu sobre a comunidade científica britânica, baseando-se na redução de que direito é uma **ordem** ameaçadora que obriga determinada pessoa a uma conduta. Para Austin o direito resume-se a este único elemento.²³⁵ Todavia, sua teoria não resiste a pergunta capaz de diferenciar uma ordem estatal dirigida a um grupo determinado de pessoas de uma não estatal, a determinação, por exemplo, de um assaltante armado obrigando a vítima a entregar o seu dinheiro. Esta última situação também contém uma ordem, entretanto, desprovida de juridicidade. Na segunda, o direito também é visto como uma ordem, só que agora não mais decorre da ameaça, mas das regras morais. O direito aqui é tido como um ramo da moral. Tal teoria deriva da escolástica jusnaturalista e é aceita por alguns juristas contemporâneos que se contrapuseram ao positivismo jurídico. Hart denota a sua insuficiência pelo simples fato de que as leis para serem consideradas como normas jurídicas deveriam, necessariamente, serem **regras justas** de conduta humana. Não haveria como sustentá-la, segundo Hart, posto ser incontroversa a existência de normas jurídicas que apesar de injustas, são, nada obstante, jurídicas. Na terceira e crucial premissa, parte-se para a distinção primordial da norma jurídica. Primeiramente, fazendo-se referência a duas espécies de conduta humana: na primeira não há regras, mas apenas hábito de se praticar determinado comportamento, v.g., ir ao cinema uma vez por semana; na segunda, todavia, vislumbra-se a imposição de certa conduta, como, por exemplo, tirar o chapéu ao entrar-se numa igreja. Na primeira conduta não há norma alguma a determinar o comportamento, na segunda sim.²³⁶

Pois bem, como então se poderia aferir se uma regra que imputa certa maneira de se comportar seria ou não jurídica? Primeiramente, pode-se dizer que o critério de distinção partiria do aspecto de quem aplica a sanção da norma. Uma regra não jurídica impõe o modo do comportamento pela possibilidade de sanção social que o seu descumpridor sofreria do grupo comunitário em que convive. Ao passo que a sanção da regra jurídica seria

²³⁵ AUSTIN, ap. HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Caloustre Gulbenkian, 1994, p. 12-15.

²³⁶ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Caloustre Gulbenkian, 1994, p. 12-15.

efetivada por funcionários, autoridades constituídas para esse fim. Vê-se que a par de a regra social não ser dotada de juridicidade, é, entretanto dotada de sanção, diferentemente dos meros hábitos, como ir ao cinema, aonde a pessoa habituada a fazê-lo, caso não o efetive, não sofre qualquer tipo de censura. O aspecto revelador da juridicidade normativa não está na previsibilidade da aplicação da sanção, logo a punição da norma verifica-se pelo efetivo descumprimento e não pela mera possibilidade de. Hart questiona se o que valida um sistema jurídico é a sua constituição essencial, ou mesmo, primária, necessariamente fundada em regras jurídicas. Há um aspecto bastante relevante a ser considerado que reside justamente no fato de que nos casos mais complexos de aplicação do direito o juiz não subsume simplesmente a hipótese fática à abstrata. Em algumas hipóteses o magistrado põe-se diante de uma escolha subjetiva sua ante as possíveis interpretações que a norma solucionante comporta. Assim, nenhum W será X sem Z, ocorre que W, X e Z podem assumir quaisquer valores dentro de uma escala de um extenso conjunto. Hart considera que se exagera consideravelmente em limitar a questão jurídica às normas, fato já salientado por Gray para quem *“As leis são fontes de direito, não parte do próprio direito”*.²³⁷

Ao analisar a teoria de Austin pela qual o direito resume-se a ordens, e, para tanto, busca-se a analogia com a ordem dada pelo assaltante à sua vítima para entregar-lhe dinheiro, Hart consigna que muito embora do ponto de vista lingüístico haja um comando imperativo emanado do ladrão para a vítima, doutro turno, sob a óptica jurídica, tal conduta não é, na verdade, uma ordem. É que ordem sugere a preexistência de algum direito ou autoridade, *in casu* inexistentes. Situação inversa dar-se-ia quando deslocamos o centro de nossa atenção para uma imaginável imposição do assaltante a seu cúmplice no sentido de que vigie a porta enquanto o assalto é praticado. Neste caso na visão *hartiana* é plenamente factível admitir a

²³⁷ GRAY, ap. HART, op. cit. p.25.

**existência de uma ordem, considerando-se a autoridade exercida pelo
assaltante chefe sobre seu comparsa.²³⁸**

**A fundamentação da juridicidade na ameaça de sanção não
resistiria ao argumento de que as normas meramente permissivas, apesar de
pertencerem ao gênero norma jurídica, são desprovidas de sanção. Hart
toma como exemplo dessas normas uma lei inglesa, de 1837, que estabelecia
exigências procedimentais para a validade dos testamentos, tal como, p. ex, o
número determinado de testemunhas. Esta norma, consoante o professor de
Oxford, não é incriminadora - fato indiscutível - e a verificação do
descumprimento de seu preceito acarreta a nulidade do ato jurídico.
Todavia, o não cumprimento do preceito não constituiria *violação ou
infração* de qualquer obrigação e dever.²³⁹**

**Observe-se, todavia, que estas espécies de normas são tratadas
por kelsen como normas jurídicas não autônomas.²⁴⁰ Dizer que não são
dotadas de sanção, entretanto, é questão bastante discutível e, na verdade,**

²³⁸ Ibidem, p. 25.

²³⁹ Ibidem, p. 35. A este respeito Cláudio e Solange Souto entendem que a coação é elemento meramente acidental, porém não essencial à existência do fenômeno jurídico: "... a sanção organizada é exterior à norma jurídica e a tendência à sanção do ordenamento jurídico não é um elemento essencial da definição da regra do direito, mas só um corolário dos elementos de tal definição". SOUTO, Cláudio e SOUTO, Solange. *Sociologia do direito*. São Paulo: USP Editora, 1981, p. 94.

²⁴⁰ A sanção da norma consiste numa imposição do seu preceito quando se verificar a conduta contrária a descrita pela norma: "Uma norma que impõe certa conduta – e somente uma tal norma – pode ser cumprida ou violada. Pois, uma norma pode não somente ser cumprida (ou não cumprida, quer dizer, violada), como também aplicada. Aplica-se uma norma da Moral, quando a conduta conforme à norma é aprovada, ou a conduta contrária à norma é desaprovada. Aplica-se uma norma jurídica, quando a sanção prescrita – pena ou execução civil – é dirigida contra a conduta contrária à norma. No fato de que uma norma deve ser cumprida e, se não cumprida, deve ser aplicada, encontra-se sua validade, e esta constitui sua específica existência". KELSEN, *Teoria geral das normas*, p. 04. Na sua Teoria Pura, Kelsen explica, acertadamente, a existência de atos jurídicos coercitivos que não têm o caráter de sanção, mas que indicam a natureza de juridicidade da norma: "Com o decorrer da evolução – especialmente na passagem do Estado-jurisdição para o Estado-administração – amplia-se ainda o círculo dos fatos que são considerados pressupostos de atos coercitivos, na medida em que se classificam como tais não somente atos e omissões humanos socialmente indesejáveis, mas também outros fatos que não têm o caráter de fatos ilícitos. A este propósito é importante referir desde logo aquelas normas que dão competência a determinados órgãos da comunidade...". KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 43. Mais adiante, na página 59 desta mesma obra, esclarece-se: "Normas jurídicas não-autônomas são também aquelas que permitem positivamente uma determinada conduta, pois elas apenas limitam o domínio de validade de uma norma jurídica que proíbe essa conduta na medida em que lhe liga a uma sanção. Já nos referimos à norma permissiva da legítima defesa".

censurável. Tomando como ponto de partida o exemplo supra, não seria nada forçoso asseverar que tal regra jurídica possui sanção. Trata-se, evidentemente, de sanção oblíqua e se traduz, exatamente, na nulidade do ato jurídico testamentário se o mesmo não for assinado pelo número de testemunhas exigido na lei, por exemplo. Assim o juízo deôntico-proposicional seria: *dada a não verificação do requisito formal número de X testemunhas, deve ser a nulidade do testamento*. Os atos nulos não produzem efeitos jurídicos e, como tal, a não verificação de um requisito formal de constituição e validade do ato, sempre, será causa do efeito invariável “nulidade”. A adoção da estrutura proposicional deôntica para a descrição do fenômeno jurídico justifica-se no fato de que nas leis físico-naturais os efeitos decorrem de uma causa natural, assim, se ponho o metal sobre o efeito do calor o mesmo se aquecerá. O efeito aquecimento decorre fática e naturalmente da causa calor, donde se conclui pela incidência do princípio da causalidade. Tal princípio não é aplicável ao fenômeno jurídico porque um efeito jurídico não deriva de uma causa natural. Logo, o efeito “pena de reclusão” para o delinquente no fato-crime “homicídio” não é consequência do fenômeno morte-da-vítima, mas decorre do princípio da imputação, logo a causalidade jurídica é normativa.

Explica-se ainda o uso de estruturas deônticas para a experiência jurídica porque na lei física dada a causa, o efeito dela decorre invariavelmente, ao passo que no mundo jurídico isso não ocorre. Quando um criminoso comete homicídio não significa que o mesmo sofrerá, invariavelmente, a sanção reclusão. Pode ser que o acusado subtraia-se à ação da justiça. Nesse caso fica patente que a casualidade jurídica deve ser, porém, não é. Mas voltando ao exemplo da nulidade do testamento deve-se registrar que a mesma ocorrerá invariavelmente, quer o judiciário a decrete quer não a decrete pelo fato de não ter sido provocado. Pode-se dizer, com certa falácia, que um ato juridicamente nulo produz efeitos até que seja decretada sua nulidade. O erro deste elóquio reside no fato de que a decretação da nulidade retroagirá *ex tunc*, sendo incorreto dizer que

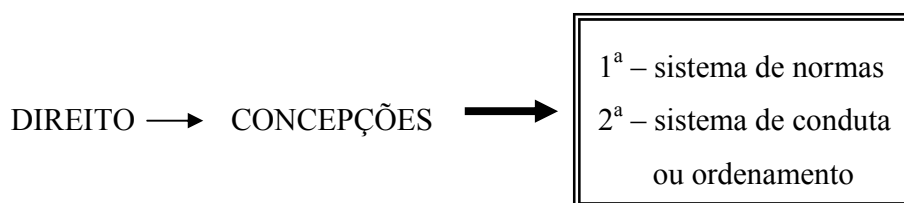
existiram efeitos jurídicos até a decretação da nulidade. Pode realmente ocorrer que até a decretação de uma nulidade judicialmente produzam-se efeitos fáticos decorrentes de um ato jurídico nulo. Pode-se mesmo dizer que esses efeitos fáticos traduzam uma situação irreversível ainda que a decisão de nulidade retroaja à data da constituição do ato inquinado de vício insanável. Doutro turno, não se deve nem se pode confundir efeitos jurídicos com efeitos fáticos decorrentes de um ato nulo. Na circunscrição jurídica da experiência do direito somente é juridicamente relevante aquilo que jurídico é.

Daí a necessidade de relativização do conceito de *justiça*, posto que pode ser associado à *idéia* e *sentimento*. Na tentativa de proporcionar uma perspectiva científico-social da justiça, Cláudio Souto explica-nos que a coerção ou a possibilidade de coerção não são essenciais ao direito. Salientando que Gurvitch tentara definir o fenômeno jurídico em função da justiça, onde o direito representaria a tentativa de realizá-la num dado quadro social, pela imposição multilateral entre pretensões e deveres, e sua validade derivaria dos fatos normativos garantidores da eficácia das condutas correspondentes. Mas esta definição é vaga, nada obstante o fato de se considerar a justiça sob prisma sociológico-jurídico. Entendendo por sentimento o estado afetivo “*que se reparte de si mesmo entre as duas categorias do agradável e do desagradável*”, Souto explica que somente por abstração é possível diferenciar sentimento da idéia de justiça, pois o sentimento supõe uma idéia e não há sentimento sem uma idéia correspondente. O sentimento do que deve, ou não deve, ser é denominado sentimento de justiça ou de injustiça, conforme o caso. Sua origem etimológica está correlacionada com *norma ou regra*, onde, o relativo à regra será o sentimento sobre aquilo que *deve ou não deve ser*. Noutras palavras,

pode-se questionar se um comando - dever ser - prescrito em norma estatal-formal deve, ou não, ser considerado factualmente um dever ser.²⁴¹

Ainda que se correlacione o sentimento à idéia de justiça, a definição de sua essência será sempre imprecisa, ante a relatividade do conteúdo das idéias. Apesar de o elemento *sentimento* ser uma constante na mente humana, isto por si só não exclui a possibilidade de sua variação de pessoa para pessoa. Logo, o conceito de justiça terá sempre um conteúdo variável e, portanto, impreciso.²⁴² Sendo, outrossim, certo que a coerção, por si só, é insuficiente para caracterização do *jurídico*.

Existem várias maneiras de se conceber o direito, Lourival Vilanova, por exemplo, o vê sob dois aspectos, sendo ambos abstratos: no primeiro, o direito é tido como um sistema de normas diretivas da conduta humana cuja inobservância é sancionada, inclusive, com uso da força, quando necessário; o segundo é complementar do primeiro e teoriza o direito como o sistema da conduta humana que efetiva as prescrições primárias e secundárias. Explicando melhor: as prescrições primárias referem-se aos deveres e sanções cumpridos espontaneamente; as segundas prendem-se aos preceitos observados através do poder jurisdicional. Na concepção vilanoviana, as normas secundárias efetivam as primárias.²⁴³



²⁴¹ SOUTO, Cláudio. *Ciência e ética no direito. Uma alternativa de modernidade*. São Paulo: Fabris, 1992, p. 42.

²⁴² Ibidem.

²⁴³ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*, p. 66. Sobre o assunto Kelsen pressupõe que: "... cada norma jurídica geral seja a ligação de duas normas, das quais uma estabelece como devida uma certa conduta e a outra põe como devida a fixação de um condicional ato de coação por parte de um órgão judicial para o caso de violação desta norma. **Eu designei a segunda norma como primária, a primeira como norma jurídica secundária**". Cf. *Teoria geral das normas*, p. 68.

A segunda concepção realiza a primeira, ou seja, é no mundo do Direito, enquanto *ordenamento*, que ocorre a efetivação do sistema de normas. A efetivação do Direito enquanto um sistema de normas diretivas da conduta humana e cuja inobservância é sancionada com o uso da força. Será, pois, com base nessa premissa que o estudo será aqui desenvolvido, realçando o aspecto de que a efetivação do sistema de normas está a exigir, inarredavelmente, o *devido processo legal*, de modo que a concretização do direito caracteriza-se através de uma essência nitidamente processual. Adotaremos o pensamento de Lourival Vilanova como idéia central, mas sem desconhecer que nos encontramos na era dita *pós-positivista* na qual não mais se aceita, acertadamente, a redução do direito à norma emanada do parlamento. Esta, na atualidade, foi alçada à categoria de gênero ao qual pertencem os princípios e as regras, como estudaremos amiúde no capítulo 16. Nesta ambiência o direito processual não admite a ultrapassada consideração de *direito adjetivo*. A divisão do direito em material e formal deve ser aceita, mas com o sentido atribuído por Pontes de Miranda, que mesmo tendo vivido numa era processual impregnada pelo *individualismo privatista* centrado no processo e na ação, mesmo assim entendeu a necessidade de se atribuir ao direito processual caráter instrumental e publicista. Para tanto, entenda-se o direito material como aquele que estabelece regras jurídicas sem o objetivo de proporcionar a concretização de outras regras, ou seja, aquele elaborado para incidir nas relações jurídicas lineares entre os homens sem a participação da jurisdição. Por direito formal deve-se entender o conjunto de regras que têm por missão precípua a realização do direito, como diz Pontes de Miranda: “... *quer se trate de direito material, quer de direito formal, pertencem ao direito formal*”, sempre que a sua finalidade for realizar o direito. O direito processual, portanto, pertence a esta última espécie, embora nem toda regra de direito formal pertença ao direito processual.²⁴⁴

²⁴⁴ Além disso Pontes distingue: “(É preciso que não se confundam direito material e ‘regra sobre conteúdo’, nem direito formal e ‘regra de forma’. Uma regra sobre forma, e.g., sobre a forma que deve ter um contrato, é regra de forma, sem ser regra de direito formal. Uma regra de direito formal, de direito processual, pode ser regra jurídica sobre conteúdo, e não sobre forma. A precisão da terminologia evita erros sem conta, que afeiam algumas passagens da doutrina e da jurisprudência. **Nem todas as regras de direito processual são formais. Quase todas o são. Brevitatis causa, considera-se formal todo o direito processual, sem grandes inconvenientes, se se presta atenção ao que surge, aqui e ali,**

02. Direito relacional e interacional.

A idéia de direito como sistema autônomo do sistema social é rejeitada, inclusive por Vilanova. Para ele o direito é *relacional porque é um fato social*.²⁴⁵ Disto pode-se concluir que o direito é interacional, pois sendo fato social e sendo o fato social interacional, *logo*, por silogismo, o direito é interacional. Note-se que a essência do silogismo está no seu termo médio: *fato social interacional*, cuja característica é transmitida para a primeira premissa através de dedução apodítica. No interior do sistema do direito existem relações e exteriormente ele funciona como subsistema do sistema social. Por este motivo não é aceitável uma teoria apenas normativista, ou apenas sociológica do direito. Até porque isto implicaria num inegável reducionismo científico.²⁴⁶

O subsistema do direito encontra-se inserido no sistema social ao lado de vários outros subsistemas (econômico, sociológico, psicológico, etc.). No interior desses subsistemas – excluindo-se o jurídico – ocorrem relações de fato, porque não se jurisdicizam. Existem duas espécies de relações jurídicas: em sentido amplo, ocorrem no sistema social, porque apenas implicam em meras *qualificações* de sujeitos-de-direito; e em sentido estrito, estas só existem na seara interna do subsistema jurídico, porque são previstas como tal por norma jurídica e, também, porque extrapolam as meras *qualificações*, sendo, outrossim, sempre plurissubjetiva. De qualquer sorte só haverá relação jurídica em sentido estrito com a ocorrência de um fato jurídico, ou seja, na medida em que a norma abstrata positivar-se factualmente. Neste sentido temos a precisa inscrição de Lourival Vilanova: “*Um sistema de*

de natureza material)”. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 34.

²⁴⁵ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*, p. 66.

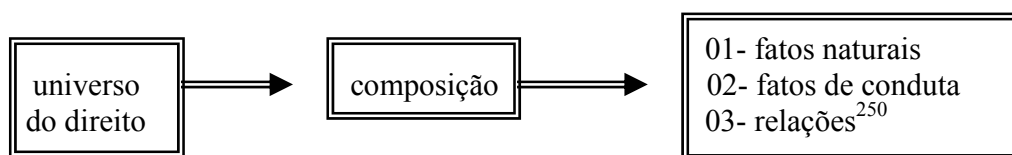
²⁴⁶ Cláudio Souto, com sua visão sociológica do Direito, prega em seu: *Ciência e ética no direito. Uma opção de modernidade*. Editora Sérgio Fabris, a insuficiência do saber jurídico isolado por cada ciência jurídica básica (sociologia do direito, filosofia do direito, dogmática...) e pugna pela interdisciplinaridade científica no direito.

*normas é direito positivo porque se projeta no mundo dos fatos. Positivar-se é factualizar-se: é a conjunção norma/fato”.*²⁴⁷

03. A conduta: relações de fato e relações jurídicas.

A conduta é um *fato-de-relação*, e, por conta disso, será sempre interpessoal. A relação entre sujeito e coisa, admitida no direito real, somente pode ser aceita imediatamente desde que, *mediatamente*, venha a existir uma relação entre sujeito-sujeito. Logo, não existe, por si só, relação jurídica entre o proprietário e a coisa a ele vinculada se não se vislumbrar uma outra e possível relação entre tal proprietário e outro sujeito que, exemplificativamente, tente comprar a coisa. Não há *fato-de-relação* entre sujeito e coisa, eis que dele não decorrem efeitos jurídicos. Estes somente se verificarão entre dois ou mais sujeitos-de-direito.²⁴⁸

Todas as relações, jurídicas ou não, são normadas, isto é, são regidas por regras de conduta. Assim, as relações sociais podem ou não ser relações jurídicas, porque se subdividem em relações de fato e relações jurídicas. Entenda-se por relação de fato toda aquela existente fora do subsistema jurídico. São relações juridicamente ‘irrelevantes’. São exemplos as verificadas no subsistema econômico, ou sociológico. Mas observe-se que uma mesma relação ‘fática’ pode ter efeitos econômicos e jurídicos. E quando isto se der uma tal relação passa a ser juridicizada, ou seja, foi trazida do subsistema econômico para o jurídico. E sob este aspecto aquela relação, que outrora se constituía apenas como fático-econômica, passa a ser relevante para o direito.²⁴⁹



²⁴⁷ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*, 2. ed. p. 81.

²⁴⁸ Ibidem.

²⁴⁹ Ibidem.

²⁵⁰ Ibidem.

04. Relação jurídica em sentido amplo, retroalimentação do sistema jurídico e a qualificação do sujeito de direito em face do problema da causa.

As relações ocorrentes no interior do subsistema do Direito, se consideradas em face do sistema social que envolve o jurídico, são denominadas de relações jurídicas, mas se consideradas apenas em face do subsistema do Direito são denominadas de *relações*, apenas. São “*relações no interior do universo jurídico, mas relações jurídicas no sentido amplo*”.²⁵¹ Vê-se que o universo ou subsistema do Direito possui, ao menos, duas espécies de relações: em sentido amplo; e em sentido estrito. Assim, pode-se concluir que o termo relação jurídica designa um gênero ao qual pertencem, como espécies, a relação jurídica em sentido restrito e a relação jurídica em sentido amplo. São jurídicas apenas as relações que ocorrem no interior do universo do Direito, ou seja, no sentido técnico-dogmático nem todas as relações são jurídicas. Daí porque somente se pode falar de pretensão, direito subjetivo, direito de ação, de exceção, dentre outros institutos, no interior de um sistema de Direito Positivo, pois fora dele tais institutos inexistem, salvo quando o próprio sistema torna-se juridicamente entrópico. Neste caso defendemos a necessidade de uma abertura sistemática alopoiética a fim de juridicizar princípios e retroalimentar o próprio sistema. Essas relações, ocorridas no subsistema jurídico – retroalimentado ou não -, são economicamente irrelevantes, salvo se forem economicizadas, isto é, se irradiarem efeitos econômicos. Por questão de ordem metodológica não chegaremos a analisar as “relações” ocorridas nos demais subsistemas.²⁵²

Por vezes ocorrem “relações” no subsistema do Direito que apenas implicam em “qualificações” de determinados sujeitos, sem haver interação bipolar entre dois ou mais sujeitos-de-direito. Elas apenas transformam sujeitos em sujeitos-de-direito, como o “ser pessoa” que é regulado pelo código civil. São classificadas como relações jurídicas porque ocorrem no universo do Direito. São juridicamente relevantes, mas apenas em sentido amplo,

²⁵¹ Ibidem.

²⁵² Essa visão de uma abertura sistemática do sistema através de atividade extralegal não era admitida por Vilanova.

porque uma relação jurídica em sentido estrito exige a participação de mais de um sujeito-de-direito.²⁵³

Causa de uma relação jurídica, por seu turno, são os fatos físicos (naturais) ou sociais, os *spceies facti ou fattispecie astratti*. Uma vez ocorrida a hipótese fática ela funciona como “causa” de vários efeitos jurídicos de diversas classes. Tomando o exemplo do nascimento com vida para acarretar a personalidade e, também, o dos atos constitutivos das pessoas jurídicas, vê-se que não há relação jurídica em sentido estrito quando simplesmente a norma atribui subjetividade jurídica ao ser humano que nasce com vida ou quando a sociedade adquire personalidade jurídica com o registro de seus atos constitutivos no órgão competente. Isto apenas denota uma “qualificação” a possibilitar que tais entes sejam sujeitos-de-direito, ativos ou passivos, nas relações jurídicas. O simples fato de ser sujeito-de-direito não significa estar em relação jurídica, não em sentido estrito.²⁵⁴

Isto se verifica porque o que ocorre nesses casos é apenas uma qualificação e não relação entre sujeito-sujeito. Aliás, especificamente em relação ao nascituro não há que se cogitar de inversão dessa ordem de coisas, sobretudo levando-se em consideração a medida cautelar prevista no artigo 877 do código de processo civil.²⁵⁵ Este tipo de processo visa a assegurar, antecipadamente, os direitos do ser biológico ainda não considerado pessoa.²⁵⁶

²⁵³ Ibidem.

²⁵⁴ Para Lourival Vilanova as relações jurídicas em sentido amplo ocorrem no âmbito do sistema social global quando a norma *proíbe*, obriga ou *permite* certas condutas aos sujeitos de direito. Com isso estabelece necessariamente relações normativas entre os “portadores da conduta” (sujeito de direito): “... *toda qualificação é em função dos sujeitos-de-direito: nada é móvel ou imóvel, negociável ou extracommercium, expropriável, sem estar no interior de relações jurídicas em sentido amplo*”. Cf. op. cit. p. 69.

²⁵⁵ Artigo 877: *A mulher que, para garantia dos direitos do filho nascituro, quiser provar seu estado de gravidez, requererá ao juiz que, ouvido o órgão do Ministério Público, mande examiná-la por um médico de sua nomeação.*

²⁵⁶ Neste sentido Álvaro de Oliveira e Galeno Lacerda, citando Pontes de Miranda, ao se referirem ao problema do suporte fático deste artigo, reproduzem: “... *não há inversão de elementos; a eficácia é que se antecipa: antes do suporte fático da pessoa se completar, atribuem-se efeitos ao que é o suporte fático de agora, portanto, incompleto para a eficácia da personalização*”. MIRANDA, Pontes, ap. OLIVEIRA E LACERDA. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. Vol. VIII, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 319-20.

05. Relação jurídica em sentido estrito.

As relações são estruturas e como *estruturas lógicas* elas são universais, isto é, são eficazes para todas as áreas do conhecimento. E suas regras são as mesmas tanto para a matemática e para a física quanto para o Direito. Situando o problema no âmbito do direito processual, Couture define *relação* como sendo o vínculo que aproxima uma coisa de outra preservando as suas respectivas individualidades. São vínculos processuais os que unem o autor ao réu, estes ao juiz, e todos eles (partes e juiz) aos atos processuais, bem como os atos entre si mesmos.²⁵⁷ Mas, a análise do fenômeno jurídico, através de proposições formalizáveis, extrapola o âmbito da teoria do Direito para adentrar nos albores da lógica jurídica.

É importante frisar que a relação jurídica em “sentido estrito” será sempre interpessoal, restando rejeitada a possibilidade de relação jurídica entre um sujeito e uma coisa. Ainda que se trate de uma relação de direito real a interpessoalidade não se altera, não deixa de existir. Para uma relação ser considerada jurídica, em sentido estrito, não se exige que os sujeitos-de-direito dela participantes sejam, ambos, ou todos, individualizados. Basta que, pelo menos, um dos sujeitos seja individualizado, mas não ambos ou todos.²⁵⁸ Ainda que se adote como exemplo a relação de *promessa de recompensa* constatar-se-á que o promitente é o sujeito passivo determinado e indeterminado é o sujeito ativo.²⁵⁹ Da mesma

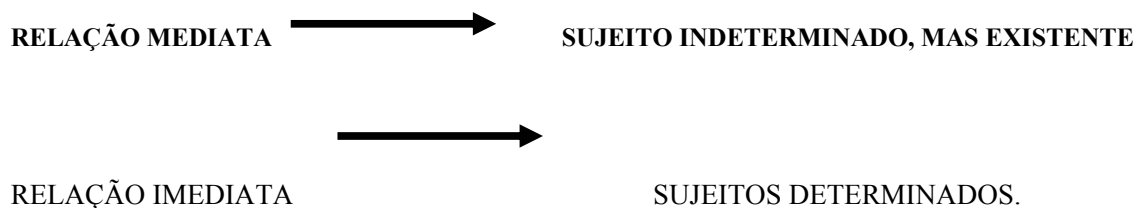
²⁵⁷ COUTURE, J Eduardo. *Fundamentos do direito processual civil*. Tradução de Benedicto Giacobini.

Campinas: RED Livros, 1999, p. 101-102.

²⁵⁸ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*, p. 74.

²⁵⁹ Mais adiante, na página 95 da mesma obra, quando trata do tema da “aparente unissubjetividade” nas relações, o professor Lourival magistra que “*A promessa de recompensa, unilateral na sua formação, é bilateral por sua destinação: dirige-se a um sujeito possível, beneficiário da promessa, caso satisfaça o conteúdo e as condições estipuladas pelo sujeito passivo*”. Também em relação ao autocontrato não existe unissubjetividade. Vilanova ressalta, todavia, que a confusão, quer nos direitos obrigacionais, quer nos reais, dissolve a bipolaridade da relação jurídica. Apesar disso, alerta com fulcro em Carvalho de Mendonça, que a confusão não extingue a dívida tão somente pelo fato de sua superveniência, exige-se que o devedor incorpore o crédito ao seu patrimônio não podendo exercê-lo contra si mesmo (vide p. 101 da mesma obra agora invocada). Adverte também que na compensação resta mantida a dualidade subjetiva da relação jurídica e que esta bipolaridade não é imposição da lógica, mas um dado estrutural do direito que apenas é suspensa, em caráter provisório, por conveniência da razão prática, ex: o herdeiro ausente (ibidem, p. 104). Na promessa de recompensa o sujeito passivo é sempre determinado porque é quem oferta compensar alguém em face de alguma contrapartida. Indeterminado, é o sujeito ativo, pois não se sabe quem auferirá a recompensa oferecida. Na página 74 da 2. ed. é

forma que no direito real de propriedade é indefinido o sujeito passivo. Mas, indeterminação não equivale à inexistência de sujeito e a relação imediata com a coisa não elimina a relação mediata com a universalidade de sujeitos.²⁶⁰



06. Universalidade da relação: norma, fato e causalidade - natural e jurídica.

A relação jurídica tem caráter universal porque ocorre em qualquer ramo do direito e se distingue da relação meramente fática. Esta distinção é encontrada em Pontes de Miranda que, por sua vez, entende a relação fática como *suporte de incidência* da regra jurídica. Já a relação jurídica é conseqüencial, efectual. Para haver relação jurídica é imperioso que a hipótese abstrata, estatuída na norma primária, ocorra factualmente. É preciso que haja a sua positivação.²⁶¹ Sem isso relação jurídica não há, pois uma relação só

exatamente isto o que está dito. Todavia, no 2º parágrafo da página 149, está dito o inverso, por mera distração, certamente.

²⁶⁰ Sobre isto Kelsen já advertia que a distinção romana entre o direito sobre uma coisa e o direito em face de uma pessoa leva a equívoco conclusivo: “*Esta distinção induz em erro. Também o direito sobre uma coisa é um direito em face de pessoas. Quando, para manter a distinção entre direito real e direito pessoal, se define aquele como o direito de um indivíduo a dispor de qualquer forma de uma coisa determinada, perde-se de vista que aquele direito apenas consiste em que os outros indivíduos são juridicamente obrigados a suportar esta disposição, quer dizer: a não a impedir ou de qualquer forma dificultar; que, portanto, o jus in rem é também um jus in personam*”. KELSEN. *Teoria pura do direito*, p. 143.

²⁶¹ Para Pontes de Miranda a realidade jurídica não deve ser dissociada da realidade fático-social. Para ele direito é realidade fática e cogente: “*Os sistemas jurídicos são realidades, tanto que têm efeitos, inclusive físicos...*”. Isto é tão verdadeiro que os efeitos derivados do direito implicam em alteração física de certas situações, tais como o deslocamento do patrimônio de uma determinada pessoa para outra, ou a retirada da guarda de um filho. Somente quem não vive em contato com a vida é capaz de

será jurídica na medida em que for qualificada por uma norma jurídica válida de determinado ordenamento jurídico. Sempre que houver norma jurídica e a ocorrência do fato que ela prevê haverá *relação jurídica*.²⁶²

A *relação-de-causalidade-natural* não se confunde com a *relação-de-causalidade-jurídica*. Esta distinção é suficientemente bem denotada no exemplo da responsabilidade civil objetiva. Nele, geralmente, o agente causador do dano é concebido como um dado-de-fato que a norma o toma como sujeito imputável, ligando-o ao dever de reparar o dano, como consequência. Todavia, no caso da responsabilidade objetiva isto não se dá, pois inexistente causalidade entre o sujeito e o dano, mas ainda assim a norma faz o ligamento ao dever de indenizar.²⁶³

07. Normas de sobredireito e o suporte fático mediato.

Norma de *sobredireito* é aquela que atua sobre normas jurídicas quando elas incidirem sobre um mesmo fato, regulando a mesma matéria de forma distinta, ou seja, quando há conflito normativo. A norma que incide sobre normas é uma sobrenorma posta em nível superior. Mas está inserida no sistema jurídico positivo de um determinado Estado. Não

afirmar que esses efeitos, provocados pela incidência de normas jurídicas, não fazem parte da realidade: “A contemplação do texto frio, estático, sugere a comparação com as fantasias literárias e os planos apriorísticos. **Direito é mas a medida de seu ser é dada pela sua realização. Tal realização, ou ocorre pela observância espontânea, ou pelos aparelhos do Estado, tendentes a isso, às vezes criados para isso, como é o da Justiça.** Existe, ainda, direito especial, que se destina à realização do Direito – o direito processual”. MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 30.

²⁶² Arrimando-se em Norberto Bobbio, Lourival acentua que: “... il rapporto giuridico è quello rapporto che si distingue da ogni altro tipo de rapporto per essere un regolato da una norma giuridica.”. BOBBIO, ap. VILANOVA em referência a *Teoria della norma giuridica*, p. 30-4. Nossa tradução do texto de Bobbio é: “a relação jurídica é aquela relação que se distingue de todos os outros tipos de relação por ser regulada por norma jurídica”.

²⁶³ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*, p. 75.

é norma de direito internacional ou pertencente a outro sistema, nem é sobreestatal, nem heteroestatal. Tanto pode estar situada no código civil quanto na Constituição.²⁶⁴

Toda norma, para incidir, exige a ocorrência de um fato que realize sua hipótese abstrata. Assim, *dado o suporte fático F, deve ser a consequência C*. O suporte fático, entretanto, não se revela sempre num atuar positivo, outrossim, pode consistir numa omissão. Neste sentido temos o exemplo da revelia, no qual para que haja a incidência da norma do artigo 319 do código de processo civil é preciso que o réu *não* conteste a ação. Este suporte é imediato porque dada sua existência sobrevirão os efeitos jurídicos consequentes.

Mas em relação às normas de sobredireito o seu suporte fático é a existência de normas conflitantes acerca da mesma situação objetiva, daí não se tratar de suporte fático imediato, eis que estas espécies de normas são sobrenormas dirimentes de normas conflitantes. Nota-se sensível diferença entre os suportes das normas que incidem com a simples ocorrência do fato em sentido amplo (natural ou social, ou mesmo processual), com os das de sobredireito. Nestas o suporte fático é exatamente a situação conflitual entre normas materiais que regem a mesma matéria de maneira diversa. Somente alcança o suporte fático (social ou natural) através da norma material, porque será a norma de sobredireito que determinará qual norma material irá incidir na hipótese concreta.

É possível esquematizar que o suporte fático pode ser um fato social ou natural, sempre juridicizado. Se se tratar de norma material esse suporte será sempre imediato, porque, uma vez ocorrendo, acarretará a incidência da norma jurídica com seus consequentes efeitos. Mas observamos que em relação às normas de sobredireito, em nossa opinião, o suporte fático não se traduz num fato (social ou natural), mas sim num fato abstrato estritamente jurídico. Assim pensamos porque tal fato seria, tão somente, um dirimir de conflito normativo, ou seja, seria uma decisão da autoridade, judicial ou administrativa, com competência para deliberar. É exatamente por isso que se deve afirmar que esse suporte é

²⁶⁴ Lourival Vilanova admite que as normas de sobredireito pertencem ao “Direito Internacional Privado”. Entretanto, precisa-se não se olvidar que ele entende equivocada a concepção de um Direito Internacional Privado, eis que suas normas encontram-se sempre positivadas no interior de um dado sistema de Direito Positivo Interno e não externo. Logo, não se trataria de Direito Internacional, na medida em que sua eficácia seria sempre dependente de previsão normativa intrasistêmica, de um dado Estado. Ibidem, p. 77.

mediato, isto é, porque nenhuma das normas materiais conflitantes incidirá, imediatamente, quando ocorrer, concretamente, a hipótese que prevêem. O suporte fático, então, da norma de sobredireito é mediato porque consiste numa decisão acerca de qual das normas conflitantes incidirá. Na verdade ele não ocorre no mundo fático (social ou natural), mas apenas no estritamente jurídico-abstrato. Exceto se considerarmos este atuar dos órgãos julgadores do Estado como um fato social, só então poderemos afirmar tratar-se de um fato social.

08. Do abstrato ao concreto. Relação jurídica em sentido técnico-dogmático e o ato condição. A assubjetividade nas relações jurídicas.

A relação jurídica em sentido técnico-dogmático “*Não é relação abstrata entre o possível fato de incidência da norma e a norma mesma*”, diz Vilanova, mas exige que o fato ocorra concretamente no espaço e no tempo, pois sem isso não haverá relação jurídica. É a ocorrência do fato previsto em norma de forma genérica que concretiza o direito. Não existe relação jurídica geral. É o fato que cria a situação jurídica, e isto representa uma especificidade. A causalidade normativa condiciona a ocorrência do fato para a incidência dos efeitos. Enquanto não ocorrer o fato não haverá situação.²⁶⁵

Já o ato-condição está situado entre a lei e o efeito concreto, nele se verifica o fato jurídico através do exercício de poderes, que faz incidir a regra abstrata e surgir os seus efeitos. É o enquadramento do ato ou do indivíduo no esquema genérico da regra geral. É o ato que se classifica como fato jurídico não natural, pois depende do exercício da vontade e é pressuposto para a aplicação da norma abstrata.²⁶⁶ Somente por questões de razão prática admite-se a existência de direitos sem sujeitos, como ocorre, por exemplo, na herança jacente quando os bens do “*de cujos*” ficam sem titular. Nestas hipóteses admite-se uma assubjetividade **ativa**, apenas, mas provisória porque o titular do direito ainda que seja

²⁶⁵ Na dicção de Lourival: “*A passagem da norma geral para o concreto faz-se mediamente, nos atos de competência de poder. É preciso ato de poder, manifestação da vontade de órgão (legislativo, administrativo ou jurisdicional) para a realização da regra abstrata*”. Ibidem, p. 94.

²⁶⁶ Ibidem.

indeterminado é determinável, eis que em último caso, ou seja, havendo declaração de vacância surgirá o Estado como último sucessor. Tudo isto ocorre por conveniência da razão prática.²⁶⁷

Talvez fosse oportuno trazer à baila que o professor Vilanova, quando examinou o problema da promessa de recompensa, admitiu que, mesmo sem a determinação do sujeito ativo, tratar-se-ia de uma relação bipolar. Ora, se tem dois pólos é porque está a exigir dois sujeitos também, ainda que um deles não seja individualizado. Então porque não dizer o mesmo da herança jacente? Ou então, em sentido contrário, porque não admitir a promessa de recompensa como uma relação unissubjetiva?

09. A estrutura da norma jurídica: norma primária (de direito material) e secundária (de direito processual), o descumprimento do preceito e a causa de pedir.

A norma jurídica apresenta composição dúplice: de um lado tem-se a norma jurídica primária, que realiza a hipótese fática e da qual sobrevirão relações jurídicas em sentido estrito, como efeito; de outro lado, tem-se a norma jurídica secundária, cuja hipótese fática constitui-se no descumprimento previsto na norma jurídica primária. Este descumprimento, que será sempre um fato jurídico (ilícito, em face da mesma norma), é o fundamento²⁶⁸ de uma outra pretensão: “... a de exigir coativamente perante órgão estatal a efetivação do dever constituído na norma primária”.²⁶⁹

Eventualmente, pode ser que as normas jurídicas primária e secundária, por conveniência pragmática encontrem-se juntas, ou seja, lingüisticamente, podem ser formuladas como uma unidade. No entanto, lógica e juridicamente falando, são diversas. Esta diversidade resta evidenciada por alguns motivos, dentre os quais pode-

²⁶⁷ Ibidem, p. 108.

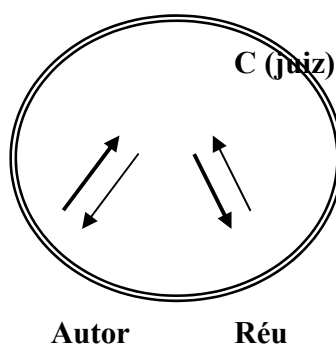
²⁶⁸ Podemos dizer: é a causa de pedir próxima.

²⁶⁹ Ibidem, p. 123. Em *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*, a bimembridade da norma em primária e secundária é enfrentada à p. 111-25.

se destacar os sujeitos intervenientes (numa, não há intervenção da Jurisdição, noutra isto se faz imprescindível), bem como os efeitos de ambas decorrentes: uma, norma primária, será norma de direito material, outra, norma secundária, será de direito processual. Também as relações jurídicas em ambas as normas são diferentes. Na norma jurídica primária, será sempre relação linear, horizontal, material. Na norma jurídica secundária, a relação jurídica será sempre angular, eis que obrigatoriamente confluirá para a relação um sujeito até então não participante, o juiz. A relação processual engloba duas relações jurídicas lineares: a primeira (linear) entre autor e juiz, decorrente do direito de ação; a segunda (linear) entre juiz e réu, decorrente do direito de contradição. No conjunto haverá uma relação envolvente que será angular.²⁷⁰

²⁷⁰ Sobre o assunto a doutrina não é pacífica. Humberto Theodoro Júnior demonstra que para Köhler a relação processual será linear, pois, os direitos e deveres processuais quedar-se-iam estabelecidos entre autor e réu – sujeitos da lide –, excluindo-se o juiz porque este dela (lide) não participa. Logo, a relação processual seria a mesma relação jurídica de direito material discutida em juízo. Como diz Theodoro Júnior: “Diante do conceito moderno e publicístico do direito de ação, não mais se pode admitir como correta essa teoria”. Há ainda a teoria triangular, defendida por Wach, pela qual o processo é tido como uma relação jurídica de direito público e o juiz também é um ente participante dos direitos e deveres processuais. Mas a predominância mesmo centra-se sobre a teoria angular, pensada por Hellwig: “... hoje a teoria mais aceita pelos modernos processualistas, segundo a qual a relação processual tem a forma angular, estando os direitos e deveres processuais de cada parte voltados para o juiz. Os litigantes, dessa forma, não atingem um ao outro diretamente, no processo, mas apenas através das decisões do juiz. Este é também o entendimento de Goldschmidt”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol. I. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 296. Dando maiores detalhes sobre o tema, Pontes de Miranda explica que a teoria da angularidade já havia sido esboçada em 1887 por J. W. Planck e, também, em 1989 por Höpfner, em superação à idéia de triangularidade. Entretanto, de fato, sua feição sistemática somente concretizou-se com Konrad Hellwig entre 1905 e 1907: “Rigorosamente, é concepção que pertence ao século XX e foi aceita, integralmente, pelos maiores processualistas, ainda no processo penal”. Mas para Pontes de Miranda é possível falar-se em angularidade mesmo que inexistir a citação do réu: “A relação jurídica processual perfaz-se com a citação do réu (angularidade necessária), ou desde o despacho na petição, ou depois de passar em julgado, formalmente, esse despacho. Mostramos neste livro, como em outros, que não há solução a priori. A relação pode surgir desde o despacho ou do seu trânsito em julgado (o que depende do chamado “efeito” do recurso admitido), porque a relação pode ser só entre autor e Estado (angularidade não necessária). Note-se que (1) isso obedece ao grau de cultura política do povo e (2) os sistemas jurídicos ainda possuem (e hão de possuir sempre, é de esperar-se) relações em uma só linha, devido à desnecessidade de angularidade. Tal explicação, que atende aos elementos histórico e cultural, afasta, em parte, a discussão dogmática entre Konrad Hellwig (*Klagrecht und Klagmöglichkeit*, 53 s. e 77; aliás, 57, nota 14) e Heinrich Degenkolb (*Die Lehre vom Prozessrechtsverhältnis*, *Archiv für die civilistische Praxis*, 103, 398, 402, 407 s.) e Kremer (*Zur Konstruktion des Zivilprozesses*, *Grünhuts Zeitschrift*, 33, 289 s.), de um lado, e os que exigem que se tenham satisfeitos os pressupostos pré-processuais (no sentido de requisitos da tutela jurídica), e processuais, objetivos e subjetivos. No que concerne aos pressupostos objetivos, a existência da relação jurídica processual independe dos que são de direito material, ligados à *res in iudicium deducta*, salvo se o sistema de direito processual (verificação a posteriori) os tornou essenciais. Na legislação processual civil, admitindo-se a extinção do processo (não a inexistência do processo!), nos casos previstos na lei processual (Código de Processo Civil, art. 267), está a prova de que a relação jurídica processual se

Assim, a norma jurídica tem estrutura bimembre: a primária é oriunda de normas de direito material: civil, comercial, administrativo; a segunda é derivada de norma de direito processual objetivo. Sem a norma secundária a primária desjuridicizar-se-ia. Sem a norma primária, a secundária seria instrumento-meio sem fim material. Interessante notar que se a norma jurídica tem estrutura bimembre, com a relação jurídica processual isto não ocorre. Trata-se de relação trinitária (triádica) entre autor, juiz e réu. Isto se coaduna com o princípio processual da *dualidade das partes*. Em qualquer processo, ainda que haja litisconsórcio ativo e passivo, somente haverá dois pólos, duas partes.²⁷¹ Dessa forma, e saindo do nível da relação jurídica de direito material celebrada entre A e B, teremos:



Na relação processual trinitária o órgão jurisdicional é o fator de intersecção constituído em relação ‘angular’ e não ‘triangular’, eis que os atos dos sujeitos (autor e réu) sempre confluirão para C. Pontes de Miranda avisava que essa angularidade só existirá onde houver contenciosidade. Nas ações meramente declaratórias onde se

forma se o Juiz não repeliu, ab initio, como inepta, a petição. Ser parte processualmente “ilegítima” não obsta, tampouco, à formação da relação jurídica processual; porém a incapacidade de ser parte, conceito que não se confunde com o de capacidade processual, obsta. Naturalmente, quando a angularidade é necessária, a relação jurídica processual depende da citação do réu”. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo I. p. XXI.

²⁷¹ Isto é corroborado por Lourival Vilanova, que admite a manutenção do princípio da dualidade das partes ainda quando internamente cada pólo processual componha-se pluripessoalmente, como ocorre com as obrigações solidárias ativas e passivas. *Ibidem*.

postula apenas que se diga acerca da existência ou da inexistência de uma outra relação jurídica – relação esta que tanto pode ser material quanto processual –, bem como sobre a falsidade ou autenticidade de documentos, pode ser que não haja contraparte.²⁷² Neste contexto é possível esquematizar três níveis de relações: a primeira ocorre no plano do direito material; a segunda e a terceira ocorrem no plano processual.²⁷³

10. A relação processual como relação efectual.

A ação e os pressupostos do processo.

A relação jurídica processual é efectual porque o exercício do direito de ação depende de uma lesão, ou ameaça de, a um direito material. Logo, é efeito de um tal fato. Para se iniciar uma relação jurídica processual faz-se necessário que a jurisdição seja provocada pela parte autora através da ação (artigo 2º). Os pressupostos processuais e as condições da ação constituem o suporte factual do qual resulta, como efeito, a relação processual.²⁷⁴

O suporte fático da relação jurídica processual é o exercício do direito de ação. E ainda que o órgão judicante ao final do processo descubra que o autor não possui pretensão material, ainda assim terá havido ação.²⁷⁵ Se acaso o juiz concluir ao final que o autor, por exemplo, não é parte legítima para propor a demanda, deve indeferir a petição inicial (artigo 295 do CPC) e decretá-lo carecedor do direito de ação. Noutras palavras, não haveria ação. Isso difere de quando o juiz ao final conclui que o autor não detém a pretensão, porque esta se vincula ao mérito e não aos pressupostos e condições da ação. Nessa hipótese haveria

²⁷² MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*, p. XX a XXIII.

²⁷³ MIRANDA, Pontes, ap. VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*, p. 131. A possibilidade de relação processual sem angularização vem reforçada na página 136 da mesma obra.

²⁷⁴ Vilanova, por exemplo, aceita a ação como na teoria eclética proposta por Liebman. VILANOVA, *Causalidade e relação no direito*, p. 133-4.

²⁷⁵ Vilanova mais uma vez deixa transparecer sua adesão ao pensamento de Liebman, para quem somente haverá ação se restarem presentes pressupostos e condições da ação. *Ibidem*, p. 134.

ação, ainda que direito material não houvesse. Isto nos parece certo, mas sua recíproca, não! Quando o juiz extingue um processo porque faltou alguma condição da ação, houve o que? Toda a movimentação da máquina judicial deu-se por conta de quê? Não teria sido pelo exercício do direito de ação, ainda que ao final ele fosse declarado inexistente? Evidentemente que sim! Então, em certas situações, haverá ação ainda que não haja direito material ou ainda que não haja a verificação de suas condições.²⁷⁶

É preciso efetuar-se uma gradação em nível de aferição, pelo juiz, acerca da presença das condições da ação. Existem casos nos quais a sua falta é tão gritante que o juiz, de plano, indefere a inicial. Somente aí é possível dizer que não houve ação, pois nem sequer terá havido a formação da relação jurídica processual angular. Pensamos que é correto aferir-se se houve, ou não, ação após a provocação do órgão judicial pela parte autora, se o magistrado operar em atividade tendente à prestação da tutela jurisdicional. E esta ocorre, às vezes, até mesmo sem que a relação processual esteja formada, involvide-se dos casos de concessão de liminares *inaudita altera pars*, cautelares ou antecipatórias da tutela. Então se não houver a angularização da relação processual com a citação válida do réu não terá, ainda, havido atividade jurisdicional tendente à prestação da tutela, exceto se houver atuação judicial concedendo tutela antecipada ou alguma providência cautelar. Ainda que as providências cautelares não caracterizem atividade meritória propriamente dita, pois se destinam a resguardar o resultado útil do processo principal, é inegável que, ao concedê-las, o juiz age tendendo à prestação jurisdicional, ainda que de maneira provisória e acessória. Portanto a ação é condição para a existência do processo (artigo 2º). Não pode haver processo sem a correspondente provocação da jurisdição, salvo as exceções que a lei expressamente admite, a exemplo do caso do inventário (artigo 989).

²⁷⁶ Sobre isto, dizem Marinoni e Arenhart: “Se as condições da ação devem ser apreciadas apenas em virtude da afirmação do autor (o autor afirma-se proprietário do imóvel na ação de reivindicação, pouco importando a prova realizada, e neste caso, por exemplo, existe condição da ação) ou devem estar presentes em face da afirmação constante na petição inicial e da prova realizada no processo (o autor afirma ser proprietário do imóvel a prova é no sentido de que outro é o seu proprietário, pelo que faltaria, por exemplo, legitimidade para a causa), o fato é que as condições da ação, por dizerem respeito ao direito material, fazem com que a afirmação da ausência de uma delas seja, na realidade, um caso de afirmação macroscópica de falta de amparo do autor perante o direito material”. MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 48. Sem negrito no original.

11. O direito natural como fundamento de validade do direito positivo. O ser sujeito-de-direito material como pressuposto do ser sujeito-de-direito processual.

O problema da capacidade de ser parte.

Desde Kant que o ser sujeito-de-direito passou a ser concebido independente do direito positivo. Mas isso somente é admitido no plano transcendental, eis que nesse caso a relação norma-fato dá-se entre o postulado *apriori* da razão prática e o homem não empírico. Já a relação entre norma positiva e homem empírico dá-se na seara do direito positivo, mas, ainda aqui, este se funda e inspira-se no Direito Natural: “... o direito natural é o fundamento último, transcendental do direito positivo: é o fundamento de validade”.²⁷⁷

Nesse contexto o ser sujeito-de-direito processual pressupõe o ser sujeito-de-direito material: dada a subjetividade de direito material deve ser a possibilidade de pretensão à tutela jurisdicional. É o que nos afirma Vilanova.²⁷⁸ A realidade processual, entretanto, nos mostra que em alguns casos é possível conceber-se que o ser sujeito-de-direito processual detenha esta condição antes de adquirir o status de ser sujeito-de-direito material. Um desses exemplos encontra-se enumerado pelo artigo 4º do CPC, que prevê a ação declaratória negativa. Neste tipo de tutela o sujeito-de-direito processual – autor – não é detentor de

²⁷⁷ KANT, ap. VILANOVA. *Causalidade e relação no direito*, 2. ed. p. 132. Embora aqui mesmo nesta Faculdade o ilustre professor Cláudio Souto tenha tentado demonstrar a “*Irrealidade Jurídico-Definitiva do Direito Natural*”, através de uma visualização do fenômeno jusnaturalista, em trabalho que logrou o título entre aspas e que foi publicado em 1960, aqui mesmo no Recife. No capítulo VI, tenta-se demonstrar que o renascimento do direito natural ocorrido na segunda metade do século XX, representou, ao mesmo tempo, a sua própria morte jurídica. A esse entendimento muito se assemelha o de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, para quem a positivação de preceitos jusnaturalísticos representou o fenômeno da *trivialização* do direito natural. Parece, todavia, que nem numa hipótese nem noutra o direito natural tenha deixado de existir ou de representar o fundamento de validade.

Aliás, merece anotação a dissonância entre os pensamentos de Lourival Vilanova e de Hans Kelsen, acerca do fundamento de validade do direito positivo. Vimos que aquele considera sê-lo o direito natural, este, todavia, entende que: “Do fato de algo ser não se pode seguir que algo é. **O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, em confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior**”. KELSEN. *Teoria pura do direito*, p. 205. Sem negrito no original.

²⁷⁸ Esta afirmação, localizada na página 132, vem reforçada na página 134: “*Antes de ser-se sujeito processual (parte), é-se sujeito-de-direito, como efeito de incidência de normas de direito constitucional e civil...*”. VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*.

direito material algum. Ao contrário, o que ele postula é, exatamente, uma declaração judicial de que não faz parte de relação jurídica de direito material.

O caso do nascituro é enfrentado por Vilanova que o considera com capacidade de ser parte, numa relação processual, dependente da atuação do respectivo representante legal. Em sua dicção: “*Já antes, o sistema acolhe o nascituro, concedendo-lhe, através de representante legal, a capacidade de ser parte na relação processual*”.²⁷⁹ Com o máximo respeito, devemos observar que a capacidade de ser parte é considerada pela doutrina processualística como um pressuposto processual. Os pressupostos processuais são classificados em pressupostos subjetivos e objetivos. Parte da doutrina considera que os primeiros englobam três espécies de capacidades: 1- capacidade de ser parte; 2- capacidade de estar em juízo; 3- capacidade postulatória. Os outros dois não merecem aqui comentários, porque são impertinentes para o contexto.

Pois bem, veja-se que o primeiro pressuposto concebido como sendo processual-subjetivo (capacidade de ser parte) é um atributo totalmente desvinculado da capacidade para os atos da vida civil. É, na verdade, um pressuposto pré-processual.²⁸⁰ Tanto que o nascituro tem tal capacidade independentemente da atuação de qualquer representante legal. A intervenção deste apenas faz-se necessária para que o primeiro faça-se presente em juízo. Isto se explica porque a capacidade de estar em juízo (também denominada por alguns autores de capacidade processual, ou legitimidade processual) é subdividida em três subníveis: 1- plena; 2- semiplena, 3- inexistente. Tem capacidade processual plena a pessoa absolutamente capaz, civilmente falando. Tem capacidade processual semiplena o relativamente incapaz, eis que pode “estar em juízo”, dê-se que assistido. E, finalmente, tem capacidade processual inexistente, aquele que é absolutamente incapaz. Ou seja, este não pode “estar em juízo” e, por isso, é *representado*, não assistido. Mas veja-se que o fato de ser-se absolutamente incapaz não elide a capacidade de ser parte.

²⁷⁹ Ibidem.

²⁸⁰ “Quanto à capacidade de ser parte, estão de acordo em que se considere pressuposto pré-processual (portanto, inerente à pretensão à tutela jurídica) Konrad Hellwig (*Klagmöglichkeit*, 63 s.), James Goldschmidt (*Materielles Justizrecht, Festgabe für B. Hübler*, 19) e G. Schüler (*Der Urteilsanspruch*, 33 s.)”. MIRANDA, Pontes. *Tratados das ações*. 1. ed. Tomo I. Campinas: Book Seller, 1998, p. 252.

Donde concluímos que o nascituro depende da intervenção de representante legal para ter a capacidade de ser parte. Não se deve confundir a capacidade de ser parte com a de estar em juízo. São, porém, institutos distintos. Assim, o “ser nascituro” empiricamente considerado deve ser entendido como sujeito-de-direito, ainda que inexistia norma material erigindo-o a tal categoria, pois o código de processo civil assim o fez, quando possibilitou o exercício de medida cautelar típica (artigos 877-8). A mulher não é parte em sentido material, é, apenas, representante da parte.²⁸¹

²⁸¹ “O nascituro, embora sem personalidade jurídica, tem capacidade de ser parte. Há equiparação ontológica entre nascituro e nascido, pois, como genialmente doutrina Teixeira de Freitas (Esboço, nota ao art. 53), as ‘pessoas por nascer, mesmo assim existem porque, suposto não sejam ainda nascidas, vivem já no ventre materno – in utero sunt’”. OLIVEIRA, Carlos Alberto de, e LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. VII. Tomo II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 322. Interessante ainda anotar que Vilanova obtempera que a norma atributiva da subjetividade processual é de direito público (constitucional e processual). VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*, p. 136. Mas Amaral Santos bem esclarece que as normas processuais têm natureza mista, pois em alguns casos elas estão ligadas ao princípio da disponibilidade processual. Assim, por serem normas dispositivas, também se inserem no gênero *direito privado*: “Isso nos leva a dizer que o direito processual civil compreende um complexo de normas em que, predominando as de direito público, se entrelaçam, com frequência, os elementos publicístico e privatístico”. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Vol. I. 20. ed. Revista e atualizada por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 28. O nascituro tem personalidade jurídica formal, ou seja, é titular dos direitos personalíssimos e dos referentes à personalidade, mas a personalidade jurídica material somente é adquirida com o nascimento com vida, ou seja, o nascituro somente adquirirá direitos patrimoniais se nascer com vida. DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*, p. 09. O CPC disponibiliza meio processual para a proteção dos eventuais direitos do nascituro, pois segundo o entendimento do STF, na verdade, de proteção de direitos não se trata, mas, tão somente, de proteção de expectativa de direitos. Número do processo: re99038. Classe: RE - Recurso Extraordinário. Origem: MG - Minas Gerais. Relator: Min:139 -Ministro Francisco Rezek. Min:131 -Ministro Decio Miranda. Julgamento: 1983/10/18.Sessão: 02 - segunda turma. Publicações: DJ data-05-10-84 - pg-16452.Ementário do STF vol-01287-02 - pg-00673.Ementa: “Civil. Nascituro. Proteção de seu direito, na verdade proteção de expectativa, que se tornara direito, se ele nascer vivo. Venda feita pelos pais a irmã do nascituro. As hipóteses previstas no Código Civil, relativas a direitos do nascituro, são exaustivas, não os equiparando em tudo ao já nascido.Observação: Votação por maioria. Resultado conhecido e provido. Ano:84 aud:05-10-84. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agv – agravo.Número: 0000306 ano: 69 UF:DF - Distrito Federal. Reg.int.proces.: 3.858 agv0000306.Decisão: 04.08.69 órgão julg.: 61 - primeira turma cível.Ementa: A mãe não tem direito de ação para investigar a paternidade do nascituro. Se a inicial cumoulou o pedido com o de alimentos, cumpre ao juiz decidir sobre ambas as pretensões. Decisão: Dar provimento, em parte, ao recurso para o efeito de mandar julgue o juiz a parte referente ao pedido de alimentos, à unanimidade”.

12. A jurisdição como sujeito passivo frente ao autor e ao réu.

Relação entre relação jurídica processual e material.

A ação e a pretensão de direito material não se confundem com a ação e a pretensão de direito processual. O advento da relação processual não modifica a relação de direito material. Interpõe-se o Estado (órgão jurisdicional) e tem-se composta a relação entre autor e Estado e entre este e réu. Mas a relação entre titular ativo e passivo ainda permanece. Resta nitidamente denotado que o Estado ao ingressar, enquanto órgão judicante, na relação processual queda-se qualificado, invariavelmente, como sujeito passivo. É sujeito passivo em relação ao autor e também em relação ao réu. Como a relação processual visa dirimir conflito surgido numa relação material, esta se constitui em seu *pressuposto fático*.²⁸² É pressuposto para o exercício do direito de postular em juízo, donde resta evidenciado um nexo entre uma e outra, uma relação de conexidade instrumental. E a causalidade jurídica que interliga a relação de direito material com a de direito processual é norma de direito substantivo, cuja finalidade do direito processual é aplicá-la. Efeitos processuais advêm de normas processuais que incidem sobre fatos processuais. Da norma instrumental só viceja direito substantivo quando a sentença encerra o processo cognitivo. Neste caso, em decorrência dos efeitos da coisa julgada, ela incide, indiretamente, sobre a relação de direito material.²⁸³ Muito embora Liebman tenha considerado que, até mesmo nos casos de coisa julgada material, a sentença não pode ser considerada como fato jurídico extintivo ou desconstitutivo de uma relação jurídica de direito material.²⁸⁴

A relação de direito material é envolvida pela de direito processual, mas não existe relação de direito substantivo entre as duas relações. Isso não se dá porque a relação de direito material não continua no interior da relação processual. Ela é cortada. A relação processual é abstrata (ab, indicando separação), daí porque a ação de direito substantivo não

²⁸² Ao menos é isso o que ocorre enquanto regra, mas é sim possível que uma relação processual vise desconstituir outra relação processual, tal como se dá com a ação rescisória (artigo 485 do CPC) e com a declaratória do artigo 486 do mesmo código. Mas é possível falar-se em pretensão desprovida de ação, dando-se azo aos denominados direitos mutilados. Sobre este assunto veja-se MIRANDA, Pontes, op. cit. p. 60-71.

²⁸³ Ibidem, p. 138.

²⁸⁴ LIEBMAN, ap. VILANOVA. *Causalidade e relação no direito*, p. 142.

continua a existir dentro da ação de direito processual. O fato jurídico é conceito-limite porque se a norma jurídica não relacionar um fato (social ou natural) com efeitos jurídicos ele estará fora do subsistema do direito, será fato juridicamente irrelevante. Para que um fato seja considerado um *fato-causa ou fato-efeito* é necessário que ele seja juridicizado.²⁸⁵

Considerando, então, a ação judicial como um direito de natureza processual, pode-se concluir que ela é *efeito* de fato jurídico.²⁸⁶ Mas não exclusivamente de fato jurídico material, pois é possível que uma sentença seja a ‘causa de pedir’ de um processo, como se verifica com o caso da rescisória e das outras ações de impugnação de sentença com supedâneo recursal. Com o exercício da ação processual forma-se relação jurídica linear entre autor e juiz. Com a citação do réu forma-se outra relação linear entre juiz e réu, ao mesmo tempo em que também se conforma a relação processual, que, por sua vez, é *angular*. A relação processual é efeito de fato jurídico complexo porque engloba duas relações jurídicas processuais, sem falar na relação linear de direito material que se constitui em seu objeto mediato (norma primária). Ação e relação processual são institutos distintos. A atividade judicial é silogística. Tal silogismo é a “*esquematização mis en forme de vários atos, das partes e do juiz, simplificado assim, nesse final, como estrutura de argumento dedutivo*”.²⁸⁷ Entretanto, a lógica jurídica orientadora da estrutura silogístico-processual não é, necessariamente, apodítica. A sentença pode resultar de silogismo retórico, isto é, para se alcançar o justo o juiz pode sobrepor à lógica os princípios de direito natural. E a sentença é um fato jurídico onde a norma – ainda que principiológica - a prevê como fato produtivo de

²⁸⁵ Como ensina M. Allara: “*Tra la fattispecie e la vicenda del rapporto giuridico intercede un rapporto che può essere qualificato come rapporto di causalità, con avvertenza che non si tratta di un rapporto di causalità naturale, ma di un rapporto di causalità che possiamo chiamare arbitrario, cioè stabilito dal legislatore*”. Ap. VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*, 2. ed. p. 140. M. ALLARA. “*La Fattispecie Estintive del Rapporto Obbligatorio, in Corso di Diritto Civile*”. Nossa tradução: “*Entre a ‘fattispecie’ e a circunstância da relação jurídica intercede uma relação que pode ser qualificada como relação de causalidade, com advertência de que não se trata de uma relação de causalidade natural, mas de uma relação de causalidade que podemos chamar arbitrária, isto é, estabelecida pelo legislador*”.

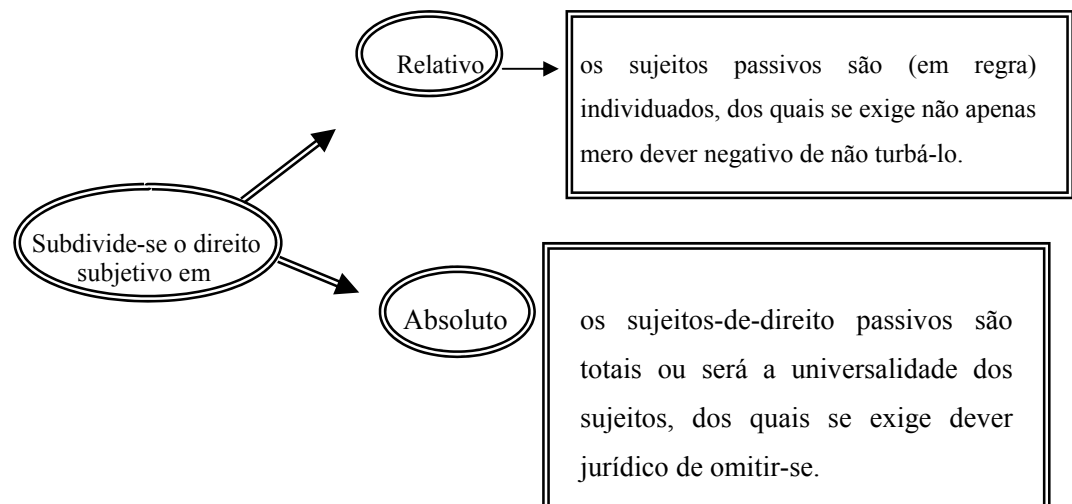
²⁸⁶ Dizemos que a ação judicial tem natureza processual, porque antes da propositura o que o autor possui é uma mera *facultas agendi*.

²⁸⁷ Mas firme-se que Vilanova não concebe a ação como efeito de fato jurídico complexo, ao contrário, cinge-a à relação processual. VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*, 2. ed. p. 144-5.

efeitos jurídicos previstos no ordenamento²⁸⁸ mesmo e não dependente do conteúdo da própria sentença.²⁸⁹

13. Direito subjetivo e relação jurídica.

O Direito subjetivo está diretamente relacionado com o homem. Não há direito subjetivo sem que haja uma norma a incidir sobre fato do homem, ou sobre o homem como fato (existência ou conduta). O direito subjetivo situa-se ao lado da relação da qual decorre como efeito.



²⁸⁸ A diferença entre o que designa “ordenamento” e o que representa “lei” ou “direito”, foi denotada na Itália quando o código civil italiano substituiu a expressão *principios gerais do direito* por *principios gerais do ordenamento jurídico do Estado*. Segundo Norberto Bobbio, o legislador de 1942 pôs fim aos equívocos suscitados no sentido de saber, se no conjunto da expressão: ‘*principios gerais do direito*’, a palavra ‘*direito*’ designava o direito natural ou o direito positivo. Como iremos demonstrar amiúde no capítulo 16, ainda na fase do projeto legislativo constava a expressão: ‘*principios gerais do Direito vigente*’, modificada na última redação para ‘*principios gerais do ordenamento jurídico do Estado*’. Segundo a relatoria do projeto a motivação da adoção de ‘*principios gerais do ordenamento jurídico do Estado*’ exprimiu a opção ideológica adotada pela Itália, no sentido de facultar ao juiz socorrer-se dos princípios constantes do *ordenamento* e não do *direito*, apenas. Consignou a relatoria que a expressão *ordenamento* é bem mais ampla que *direito* e possibilita ao intérprete os meios e elementos indispensáveis à pesquisa da ‘norma’ aplicável à espécie. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UNB, 10. ed. 1997, p. 157.

²⁸⁹ Ibidem.

Ambas as subespécies de direito subjetivo são relacionais: nos direitos subjetivos relativos a relação dá-se com titulares ativos e passivos determinados; nos absolutos com sujeitos passivos determináveis. Tanto os direitos subjetivos absolutos quanto os relativos são interpessoais, intersubjetivos e reflexos. Para Kelsen até os direitos ditos absolutos, ex: direito de propriedade, são relativos e reflexos na medida em que são o reflexo de uma pluralidade de deveres de um número indeterminado de indivíduos em face de um único e em relação a uma e mesma coisa. A expressão direitos reflexos é utilizada por Kelsen apenas para designar uma das espécies de direitos subjetivos. Para o mestre de Viena direito reflexo é aquele onde o direito é o reverso do dever de prestar; ao titular ativo corresponde a prestação do sujeito passivo. A distinção entre direitos absolutos e relativos tem a ver com o campo extensional de sujeitos passivos e não com a indeterminação dos sujeitos passivos. Note-se que na promessa de recompensa não há determinação do sujeito ativo e, ainda assim, é considerada como direito relativo.²⁹⁰

São direitos absolutos os direitos reais e os direitos personalíssimos. Todavia, suas absolutidades não existem por si só, mas em face de todos. Ambos são relacionais. Pela teoria pura pode haver num dado sistema apenas hipóteses em que haja deveres jurídicos sem os correlatos direitos subjetivos. Esta idéia, porém, não é correta, posto que mesmo frente a esta situação haveria ao menos um direito subjetivo representado pelo direito de aquiescer a todos os deveres impostos.²⁹¹

²⁹⁰ KELSEN, ap. VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*, 2. ed. p. 149.

²⁹¹ “... o direito de cumprir todos os deveres, o direito de não ser impedido no cumprimento das obrigações, com o que, na base da obrigação, como modalidade deontica de toda ação possível, residiria a permissão do exercício da conduta lícita, que seria, na hipótese, toda conduta em cumprimento da dever positivo ou a dever negativo”. Ibidem, p. 150. Pontes de Miranda, porém, esclarece não ser a mera existência de direito objetivo que faz surgir direito subjetivo: “August Thon e A. H. Von Ferneck não viram a zona cinza que persistia quando apontaram no poder do sujeito ativo e no dever do sujeito passivo a essência do direito subjetivo. Nas fábricas, os empregados são sempre dispostos em linhas pelas máquinas que lhes correspondem, ainda que não se lhes dê o direito a cada um de trabalhar com a máquina respectiva. Na ordem social mais ampla, no direito estatal, a posição jurídica ou o direito objetivo é apenas isso. Tampouco se definiria o direito subjetivo como poder de mandar, de impor, de comandar. Aos séculos de pontiagudo individualismo foi grata tal concepção, que pôs o indivíduo no lugar dos déspotas. O ‘meu’ direito (subjetivo) significava a minha força, o meu poder, a minha violência, sucedâneos da força, do poder, da violência do príncipe. A afirmação, ainda recente de que direito subjetivo é o comando da lei feito comando do titular (Francesco Carnelutti, Dante Angelotti), escorva o vício individualístico da ‘soberania privada’, um dos grandes absurdos da época despótica. O absolutismo, morto no nascedouro da lei, mas redivivo no sujeito de direito. Tal aberração chegou (dissemos) ao ponto de se falar em ‘súditos de direito’ do proprietário, do locador de coisas, do credor

Os direitos subjetivos e deveres jurídicos ocorrem no interior das relações jurídicas. Por este motivo a argumentação pela existência de um direito subjetivo anterior ou superior ao sistema de normas, como um sobredireito material só é juridicamente sustentável desde quando o sistema legal afrontar princípios infra ou supra-sistemáticos. É que se daria fora de qualquer fato jurídico ou de qualquer relação jurídica e assim seria relação imediata, ideal, do sujeito com um sistema suprapositivo de normas, ocorreria no mundo transcendente da filosofia. Pela mesma razão não há, também, dever sobre o ordenamento. Em ambos os casos não haveria mediação fática.²⁹² Salvo, repita-se, quando houver regra legal a colidir com preceito principiológico. Por isso é que atribuímos ao direito natural função termostática, retroalimentadora.

De nossa parte cremos que em momento de normalidade sistemática não deve ser concebida a existência de direitos subjetivos anteriores ou superiores ao sistema de direito positivo. Entretanto, não se pode deixar de considerar a hipótese de a lei vir a ferir direitos naturais do cidadão, que na maioria dos países democráticos encontram-se positivados nos textos constitucionais. Nestes casos o juiz deve admitir, declarar e preservar direitos subjetivos mesmo que em detrimento do sistema legal, como ficará demonstrado na terceira seção deste trabalho. Sendo certo que se deve entender por normalidade sistemática o atendimento e o respeito pelo parlamento aos princípios de direito natural positivados, ou não, na Constituição. No âmbito desta normalidade não merece correção o pensamento acima exposto.

*de dinheiro, como há 'súditos do Estado' (...) Tal teoria constitui retrocesso para quem do Estado reconhecedor da relatividade do direito, do Estado que chamou a si o julgar, do Estado que proíbe o abuso do direito, a defesa própria, violenta, dos direitos privados, do Estado que submete à função de bem servir a todos a grande parte dos direitos subjetivos. O direito subjetivo é 'individualização' da posição jurídica, o reconhecimento de que alguém, a quem o direito objetivo concede ou reconhece tal posição, pode invocá-lo, não como sujeito ativo (a titularidade objetiva também o pode, como se reclamo aos guardas do jardim a livre abertura dos portões, ou quanto a automóvel que embaraça a entrada), e sim como sujeito ativo em que o direito se precisou, fazendo-se 'linha', em vez de uma das linhas indefinidas da superfície, e se localizou, tornando-se 'invocável' e 'realizável' na espécie individual". MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*, p. 41-2.*

²⁹² A tese da existência de direitos subjetivos anteriores ou superiores ao sistema de normas é defendida por F. Cicala. CICALA, ap. VILANOVA *Causalidade e relação no direito*, 2. ed. p. 150-1.

14. Processo, relação jurídica processual, direito subjetivo e interesse processual.

O direito de ação é um direito subjetivo decorrente da não observância de dever primário, estabelecido por norma jurídica primária. A violação ou ameaça de violação de dever primário é vista como condição para o exercício do direito de ação. Neste contexto, a norma secundária é quem estabelece a relação jurídica processual. E o sujeito passivo da relação processual a quem compete o dever de prestar a tutela é o órgão estatal jurisdicional.²⁹³ Processo é relação entre os sujeitos processuais juridicamente regulada, e, via de regra, presta-se para salvaguardar direitos subjetivos. Sua finalidade é assegurar o exercício de direito subjetivo, ou seja: “... a individualização da posição jurídica, o reconhecimento de que alguém, a quem o direito objetivo atribui ou reconhece tal posição, pode invocá-lo”.²⁹⁴ Pontes de Miranda demonstrou, contudo, que nem todo direito que se goza efetivamente se constitui em direito subjetivo. Nem sempre à regra de direito objetivo corresponde direito subjetivo. Nesta medida o *interesse* somente se assegura subjetivamente, mas sua realização será sempre objetiva.²⁹⁵

Não existe direito sem sujeitos, embora nem todos os direitos assegurados em norma objetiva de direito constituam-se em direitos subjetivos. Assim, pode haver *interesse*, juridicamente protegido, que não coincida, necessariamente, com direitos subjetivos. Voltando ao exemplo de Pontes de Miranda: “Se o meu direito de penetrar e permanecer nos jardins

²⁹³ Vilanova invoca Liebman para corroborar esta idéia. Ibidem.

²⁹⁴ Como vimos este conceito pertence a Pontes de Miranda. Merecendo registro o fato de Lourival Vilanova acolhê-lo, como se vê em *Causalidade e relação no direito*, 2. ed. p. 32.

²⁹⁵ E dá-nos o seguinte exemplo: “A regra jurídica que manda abrir a tantas horas os jardins públicos e fechá-los a certo momento da noite (...) para que todos por eles passem, possam sentar-se, descansar, é direito não subjetivo. Os passantes (...) não têm direito subjetivo a isso, porque nem todos os direitos e posições jurídicas que se gozam são direitos subjetivos”. MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. São Paulo: Bookseller, 1998, p. 28. Esta tese vem reforçada em MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*, p. 41-2.

públicos, de acordo com os regulamentos, não sofre qualquer invasão por parte dos outros passeantes ou das autoridades (direito insubjetivo), eficácia da vigilância do Estado, o meu interesse está plenamente protegido”.²⁹⁶ Pois bem, tomando-se por base este exemplo, deve-se ter em mente que se por acaso houvesse a venda de ingresso para entrada e permanência num parque público, aí sim estaria plenamente configurado o direito subjetivo. Agora, ver-se-ia o direito objetivo, que seria a norma permitente à venda do ingresso e nesta medida subordinar-se-ia ao respeito dos direitos subjetivos.²⁹⁷

15. Do nexó de causalidade entre o direito material e o direito processual:

o exame dos pressupostos processuais e das condições da ação.

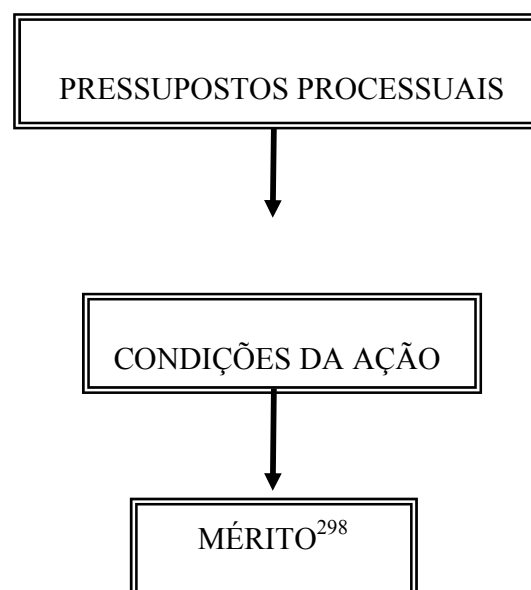
Por ordem didática deve-se, previamente, explicar que a dogmática processual civil brasileira exige que o julgamento de qualquer processo condicione-se a um triplo exame do juiz: primeiramente verifica-se a existência de todos os pressupostos processuais (de formação e de desenvolvimento); depois, estando presentes os pressupostos, o magistrado passa a verificar a existência das condições da ação; finalmente, havendo todas as condições e todos os pressupostos, somente então, o juiz passará a verificar se as partes têm, ou não, direito subjetivo protegido por norma jurídica. Passará a examinar o mérito do processo (a lide). Devendo-se esclarecer que o direito à sentença de mérito não é privilégio apenas do autor, mas também do réu (vide § 4º do artigo 267 e artigo 569 do CPC). E, ainda, que o

²⁹⁶ O raciocínio de Pontes de Miranda continua nos seguintes termos: “Tudo mudaria se, em vez de estarem em causa a entrada e a permanência em jardim público, ou, ainda em certa festa no mesmo jardim público, houvesse comprado ingresso, que – segundo as leis civis – me dá o direito subjetivo. Aqui, “precisa-se”, “localiza-se”, “individualiza-se” o direito: “precisa-se”, no sentido de ser o direito objetivo, a norma, subordinado, enquanto vigente, ao respeito dos direitos subjetivos que ele reconhece e não são necessariamente todos os direitos que dele nascem; “localiza-se” no sentido de que alguém pode, por si, invocar o direito; “individualiza-se”, no sentido de que ao sujeito ativo se concede um plus, que circunscreve, pelo fato mesmo de sua existência, a potencialidade de outrem”. Ibidem, p. 30.

²⁹⁷ Ibidem, p. 31.

direito subjetivo que se protege pelo processo situa-se na seara dos denominados direitos materiais. Tal não se confunde com o direito subjetivo de ação, pois este, segundo a dogmática do CPC, apenas se traduz no dever que recai sobre o juiz de examinar o mérito da causa, quando presentes os pressupostos do processo e as condições da ação. A procedência da ação não mais designa que unicamente isto: o exame do pedido do autor, denotando a presença daqueles requisitos. Infelizmente, é comum constatar-se na prática forense vários juízes dizerem em suas sentenças que: “*julgo procedente a ação*” para condenar o réu naquilo – referente ao mérito – que o autor postula. E não é só: até mesmo o Congresso Nacional recentemente ao editar a lei nº 10.352/01, quando reformou o artigo 530 do CPC, falou em *procedência* da ação rescisória, quando, tecnicamente falando, deveria ter dito *procedência do pedido*.

Por influência de Liebman, a estrutura lógico-positiva do processo civil brasileiro obedece a este esquema:



²⁹⁸ No mundo dos fatos, é bem verdade que a ação é anterior aos pressupostos do processo porque só haverá processo se, antecedentemente, houver provocação da jurisdição através da ação. Contudo, no mundo da lógica processual o exame dos pressupostos precede ao das condições da ação.

Pressupostos processuais são requisitos básicos de existência e de desenvolvimento válido e regular da relação processual, sem os quais o processo não pode caminhar, pois o juiz é proibido de examinar a existência ou não da lesão, ou a ameaça de lesão, a um direito material sem a correspondente relação jurídica processual válida.²⁹⁹ Assim, o juiz que irá julgar uma causa deve possuir competência (parcela da jurisdição) para fazê-lo; deve ser imparcial; deve estar investido no cargo de juiz na forma determinada pelas normas legais estatais; as partes devem ter capacidade de ser parte; devem ter capacidade civil que as habilite para estarem presentes em juízo, ou, em caso contrário, devem estar *representadas* (se absolutamente incapazes) ou *assistidas* (se relativamente incapazes). Deve ainda o próprio processo obedecer a determinados pressupostos de ordem objetiva, quanto à sua constituição e desenvolvimento regular, p. ex. a petição inicial deve estar de acordo com artigo 282 do CPC; o réu deve ser citado nos termos determinados pelo artigo 213 e seguintes, dentre outros. É em relação a estes aspectos do processo que o juiz deve fazer o seu primeiro exame em qualquer causa, porque a inobservância de qualquer um desses pressupostos significa que a relação processual não se conformou validamente, de maneira que a consequência jurídica decorrente da ausência de um pressuposto processual será a extinção do processo, sem julgamento do mérito, porque a relação processual não se formou ou não se desenvolveu da forma correta. Somente depois dessa investigação e de verificar que tudo está como o figurino manda é que o juiz passará para o segundo exame.

Este segundo exame, como já afirmado, será relativo às condições da ação. **Condições da ação** são requisitos que as partes devem possuir para poderem exercer o direito subjetivo de postular a proteção de uma pretensão em juízo. Assim, o juiz que irá julgar a causa, depois de verificar a existência dos pressupostos processuais, passará a analisar a existência das condições da ação expressamente mencionadas pelo inciso VI do artigo 267 do CPC: possibilidade jurídica do pedido;³⁰⁰ legitimidade das partes; e interesse processual. Caso inexistir qualquer uma dessas condições o juiz estará obrigado pelo CPC a extinguir o processo sem julgamento do mérito, observe-se que tanto no caso de ausência de

²⁹⁹ Segundo Pontes: “*Chamam-se pressupostos processuais as qualidades que o juízo, as partes e a matéria submetida, bem como os atos essenciais do início devem apresentar, para que possa ser proferida sentença com entrega da prestação jurisdicional. Tudo, pois, que se pressupõe para que tal sentença seja possível*”. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*, p. XXIV.

³⁰⁰ Sem esquecer que o próprio Liebman retirou a possibilidade jurídica do pedido como condição autônoma da ação.

um pressuposto processual quanto no de uma condição da ação ocorrerá extinção do processo sem julgamento do mérito.³⁰¹ Porém, as consequências são diferentes num e noutro caso. A ausência de um pressuposto processual acarreta a extinção do processo porque a relação processual não se formou ou não se desenvolveu validamente, daí a sentença será proferida com base no inciso IV do artigo 267 do CPC. Ao passo que a ausência de uma condição da ação acarreta a extinção do processo porque o autor é *carecedor do direito de ação*, daí o fato de a prolatação da sentença ocorrer com base no inciso VI do artigo 267 do CPC, o que não se verificará na ausência de um pressuposto. Para que haja o exame das condições da ação é preciso que existam os pressupostos processuais, mas a recíproca não é necessariamente verdadeira.

16. Do subjetivismo do direito de ação: a legitimação para a causa; legitimação para contestar; substituição e representação processual; e as espécies de provimento jurisdicional.

Via de regra, o exercício do direito processual precede à violação ou ameaça de violação de uma norma jurídica.³⁰² A forma de exercitá-lo, a seu tempo, dá-se através do manejo de um direito subjetivo do titular do direito material violado ou ameaçado de

³⁰¹ Note-se que esta é a posição adotada pela nossa dogmática processual formulada por Buzaid. Entretanto, autores de prestígio como Marinoni e Ovídio Baptista têm entendimento de que a falta de condição da ação acarreta julgamento de mérito. Mas isso não representa novidade na história do nosso processo civil, pois logo quando da vigência do CPC, Pontes de Miranda, com toda a sua genial visão de futuro já magistrava: “*A legitimação ad causam não é pressuposto processual, é elemento do fundo da demanda (mérito), como a prescrição (exceção!), razão por que há de ser julgada improcedente, se tal legitimação falta, a ação proposta*”. O mesmo, dizia o maior mestre da nossa história processual, já não se dava com o interesse processual: “*O interesse jurídico na sentencição é verificável de ofício; entende-se que a falta de interesse não se supre pelo assentimento do demandado, nem pela manifestação de não querer discutir esse interesse. Tem o autor o ônus de afirmá-lo e prová-lo, sem que possa esperar que as alegações do réu o mostrem. O interesse é, então, pressuposto pré-processual, não só processual: se falta, tem-se de repelir a demanda como inadmissível;*”. Vê-se que Pontes não relacionava o interesse de agir como condição da ação porque não concordava com a teoria eclética adotada pelo CPC, filiava-se à doutrina alemã, como registrou Sérgio Bermudes em anotação à obra de Pontes: “*Vê-se, na exposição, que o autor na esteira da processualística alemã, não dissocia os pressupostos processuais das condições da ação, como fazem a doutrina italiana e brasileira...*”. BERMUDES, Sérgio, nota nº 11, p. XXVI na obra de Pontes de Miranda acima citada. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*, p. XXVI.

³⁰² Até mesmo nos casos das ações meramente declaratórias.

violação (é a pertinência subjetiva da ação de que nos falou Liebman). Assim, o possuidor de um bem imóvel somente poderá utilizar-se das ações possessórias se, precedentemente, tiver havido esbulho (*perda da posse*), turbação (*molestamento da posse sem acarretar a perda da mesma*), ou ameaça à sua posse.³⁰³ Uma vez ocorrida qualquer uma das hipóteses acima referidas, o possuidor não está obrigado a exercer o seu direito processual contra quem violar seu direito material à posse. Ele tem *facultas agendi* para decidir se aciona ou não. Observe-se: aqui não estamos ainda no sítio das relações processuais, malgrado a violação de direito subjetivo. O direito processual é de caráter subjetivo e exercitável através da ação e o seu titular será, em princípio, o titular do direito material correlato. A ação, pois, é a maneira, o remédio, adequado de se exercer o direito processual. Agora, ao acionar o esbulhador, o possuidor ultrapassou a seara da mera faculdade de agir, estando no âmbito do exercício da pretensão à tutela jurídica em ambiência processual, tudo através da ação processual.

Em alguns casos a lei processual permite que o exercício da ação possa recair em pessoa diversa da do titular do direito material, todavia. O artigo 6º do CPC escreve que “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. Em alguns casos, entretanto, a própria lei autoriza que pessoa diversa da titular do direito discutido no processo possa, em seu próprio nome, ingressar em juízo para defender direito alheio. Exemplo típico disto é a ação popular, onde a Constituição, em seu artigo 5º, inciso LXXIII, diz que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural...”. Nesse caso o cidadão ingressa em juízo com ação proposta em seu próprio nome, no entanto, como se vê pela largueza do dispositivo constitucional, o direito defendido pertence não a ele cidadão, mas a toda a sociedade. O cidadão aí age como **substituto processual**, ou seja, não age em nome da sociedade, mas sim em seu próprio nome defendendo, outrossim, a sociedade toda. O instituto da substituição processual, porém, não pode ser confundido com o da **representação processual**. O representante não age em seu próprio nome, mas sim em nome do representado e na defesa dum direito deste. Exemplo de representação processual se dá quando a mãe ingressa com ação representando seus filhos menores impúberes contra o

³⁰³ Abstraímos a controvérsia sobre a possibilidade de utilização da ação de imissão de posse pelo rito ordinário.

pai dos mesmos requerendo alimento para eles. Observe-se: aqui quem é parte não é a mãe; são os filhos que por serem incapazes, absolutamente, são representados em juízo pela genitora. Donde se conclui que o *substituto processual* é parte e por isso age em nome próprio, ao passo que o *representante processual* não é parte razão pela qual não pode agir em seu próprio nome.

A exata correspondência entre a titularidade do direito material com a do direito processual, é denominada de **legitimidade “ad causam”** (legitimidade para a causa). E a falta de legitimidade para a causa acarreta a extinção do processo sem que o juiz possa analisar a existência do direito material, e a isto se chama, tecnicamente, de extinção do processo sem julgamento do mérito o que perfaz com base no artigo 267 do CPC.³⁰⁴ Numa hipótese dessas, repare-se que é dever do advogado do réu alertar o juiz para a falta de legitimidade, do autor, na sua contestação (artigo 301 do CPC). E caso o advogado da parte ré não aduza isto na sua peça de defesa (*contestação*) ficará ela sujeita às sanções consignadas no artigo 22 do diploma processual (CPC) em face de ter dado causa à dilação do processo de modo injustificado e infrutífero.³⁰⁵

O titular do direito subjetivo o exerce através do processo se quiser (*facultas agendi*), porém, caso não o faça proporciona o surgimento de um novo estado de fato e também jurídico. Dessa forma, havendo uma invasão de propriedade pode ser que este acontecimento ilegal converta-se a favor do invasor-infrator que, decorridos certos lapsos temporais, poderá até mesmo tornar-se proprietário da coisa invadida ante o que preceitua o instituto da usucapião. E tudo por conta da falta de ação do proprietário do bem invadido.³⁰⁶ Note-se: a conversão do estado de coisas em favor do invasor decorre exclusivamente do

³⁰⁴ Isto, segundo o CPC, pois parte da doutrina, como vimos em Marinoni e, anteriormente – historicamente falando – em Pontes de Miranda já se admitia a extinção do processo por falta de legitimidade com apreciação do mérito.

³⁰⁵ Artigo 22 do CPC: “O réu que, por não argüir na sua resposta fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, dilatar o julgamento da lide, será condenado nas custas a partir do saneamento do processo e perderá, ainda que vencedor na causa, o direito a haver do vencido honorários advocatícios”.

³⁰⁶ A Constituição da República do Brasil, por exemplo, em seu artigo 183, insculpe que “Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”.

período em que passar na posse da coisa, pois nesses casos a sentença apenas **declarará** a existência do domínio em seu favor.

Pois bem, a natureza do provimento judicial corresponderá, de maneira silogística, à espécie de provimento requerido, à espécie de ação proposta. Assim, quando o autor pretender a condenação do réu, o provimento sentencial do juiz deverá ser **condenatório**; quando o autor quiser (des)constituir uma situação jurídica antecedente à propositura da ação, a sentença do juiz deverá ser **constitutiva**; quando a ação for apenas declaratória, também a sentença será apenas **declaratória**; quando a ação visar a assegurar um determinado estado de coisas a fim de que a demora da decisão de um processo possa acarretar um dano irreparável ou de difícil reparação a ser discutido em processo futuro, a sentença será **cautelar**; quando a ação pretender assegurar um direito previsto pela Constituição e que não tenha sido regulamentado por lei complementar ou ordinária, a sentença será **injuncional**; quando a ação tencionar um provimento de mando que dispense a correspondente ação executiva a sentença será **mandamental**. O silogismo dessa ordem de fatores reside em que: a jurisdição é inerte; a ação movimenta e delimita o atuar da jurisdição; logo a atuação da jurisdição depende e limita-se pela ação (artigo 128).

17. Interesse primário e secundário: situando o interesse de agir e a ação processual e material frente à relação processual (típica e atípica).

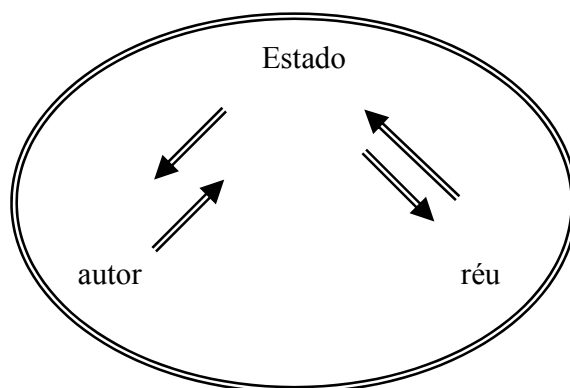
Ao constituir uma relação jurídica de direito material o contraente encontra-se no uso de um *direito subjetivo de contrair direitos*, contrata exercendo a prerrogativa da *facultas agendi*. Como entre as partes de um contrato inexistia vínculo anterior que as ungesse, este liame é de natureza *primária*. É também primário em face das digressões acima tecidas no concernente às normas jurídicas primárias e secundárias. Pois bem, uma vez estabelecido o nexo de direito material, caso este venha a sofrer uma lesão, ou ameaça de lesão, surge a faculdade de exercício do direito processual através da ação -conceituada, por uns, como um direito subjetivo, por outros, como o poder de provocar os órgãos jurisdicionais, ou ainda

como remédio processual.³⁰⁷ Entretanto, ao se instaurar uma relação jurídica processual visando à proteção de um direito subjetivo primário, que, por sua vez, decorreu do exercício de um legítimo interesse também primário, o “direito subjetivo” que ora se exerce – pela ação – difere do anteriormente exercido, pois se trata, agora, de hipótese na qual a parte age não mais para contrair um direito material, mas sim para defender o direito material anteriormente, e primariamente, contraído. Se a ação é direito, então, tratar-se-á de direito subjetivo e **secundário**, assim como também secundário será o interesse processual – *condição da ação na teoria de Liebman* – de agir em juízo. E quando se diz que o direito de ação é secundário, afirma-se que a sua existência objetiva e colima a defesa de um direito material – enquanto regra – que somente passou a existir pelo exercício de um interesse primário (interesse de contratar, na seara privada, interesse conferido pela lei em sentido material). O interesse processual ou de agir é, pois, interesse em acionar a máquina judiciária estatal para garantir a proteção de um direito material.

Mas além dessa perspectiva consistente na necessidade de intervenção dos órgãos jurisdicionais para a resolução de conflitos de interesses, preservando-se a paz social posto que a autotutela é vedada, o interesse de agir é também concebido em face do procedimento escolhido pela parte autora em relação à sua pretensão, ou seja, vincula-se à *utilidade* que o processo deve proporcionar, não sendo razoável a admissão de processo ocioso. Assim, um detentor de um cheque não prescrito não terá interesse de agir em acionar o devedor através de uma ação de cobrança pelo procedimento ordinário, pois neste tipo de demanda o máximo que alcançaria seria uma sentença condenatória para servir de título executivo para a cobrança coercitiva através de nova ação: ação executiva (artigo 584, I). Este processo cognitivo seria inútil em razão de o cheque, por si só, já consistir num título executivo (líquido, certo e exigível), podendo, pois, ensejar ação executiva independentemente de prévia ação cognitiva (artigo 585, I).

³⁰⁷ Sustentando que a ação não é direito, mas mera faculdade temos: Degenkolb, Plosz e Cernelutti. A ação não é direito porque: 1- não se pode aceitar que haja um direito pertencente à todas as pessoas; 2- se qualquer pessoa sabedora de que não tem direito pode propor ação e levá-la até o final, logo a ação seria um direito dos que não têm direito. Neste sentido veja-se BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 1993, p. 19.

Se por um lado o titular da ação é o titular do direito material agredido ou prestes a sê-lo, ou o substituto processual respectivo, a ação, por outro, possui um duplo direcionamento: primeiramente, dirige-se diretamente ao Estado-Jurisdição que dirá a quem pertence o direito ao final do processo (ação de direito processual adstrita ao pedido imediato); e depois, indiretamente contra o réu que praticou a agressão ou a ameaça de (ação de direito material adstrita ao pedido mediato).³⁰⁸ **Relação processual típica** dar-se-á somente com o ‘envolvimento’ dos três entes envolvidos:³⁰⁹



E o desenvolver do processo dar-se-á de forma dialética onde a petição inicial corresponde à tese, a contestação à antítese e a sentença à síntese, como já vimos no capítulo primeiro. É esta essência tríade que caracteriza o processo e pela qual, em todas as suas formas e procedimentos, deve-se garantir o direito à: 1º- postulação, pois a lei não pode excluir de apreciação pelo Poder Judiciário nenhuma lesão ou ameaça a direito (inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República) e; 2º- defesa, pois aos litigantes em

³⁰⁸ Em Luiz Guilherme Marinoni e Ovídio Baptista, encontramos acatadas as idéias de Pontes de Miranda, quanto à distinção entre Ação de direito material e Ação de direito processual. “A ação de direito material é o agir – não mais o simples exigir – por meio do qual o titular do direito realizá-lo-á por seus próprios meios, ou seja, independentemente da vontade ou de qualquer outra conduta positiva ou negativa voluntária do obrigado”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. São paulo: Malheiros, 1996, p. 116-7.

³⁰⁹ Evitamos dizer que a relação processual típica dar-se-ia com a ‘participação’ de: autor, juiz e réu, porque há a hipótese de o réu ser revel, e não contar com gestor de negócios processuais (assistente: artigos 50-55). Logo, não participa. Por isso dissemos que a relação processual típica requer envolvimento dos sujeitos processuais. Para tanto, basta que o réu seja citado. Pertinente, ainda, o contexto para consignarmos nossa discordância daquele entendimento de Pontes de Miranda acerca da possibilidade de angularização processual sem a citação do demandado. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo I. p. XXI. Vide item 09 deste capítulo.

processo judicial, ou mesmo administrativo, são assegurados o direito ao contraditório e à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (inciso LV do artigo da CF). Tanto o direito de postular em juízo quanto o de nele se defender encontram-se garantidos na Constituição, em seu artigo 5º, erigidos à categoria de *garantias* individuais de qualquer cidadão, brasileiro ou não, eis que tais normas são verdadeiras cláusulas pétreas, imodificáveis e auto-aplicáveis.

Sem contraditório haverá desigualdade processual que pode resultar numa desigualdade material, pois a sentença será norma jurídica material para o caso concreto, logo haverá aí uma gritante inconstitucionalidade com incontroverso ferimento ao *due process of law*. O princípio do contraditório é direito fundamental dos governados perante o Estado, sem o qual não há como se falar em processo verdadeiramente democrático, traduzindo-se no direito de tratamento igualitário das partes no processo.³¹⁰ É verdadeira proteção jurídica que extrapola os limites da proteção judiciário-processual onde o maior compromisso do processo deve ser com a *verdade*. E o julgamento estatal deve quedar-se adstrito às provas e às alegações produzidas no processo, devendo o próprio juiz determinar, de ofício, aquelas que entender necessárias (artigo 130). O direito ao contraditório, hodiernamente, é considerado como *princípio constitucional absoluto do processo civil*, pois enquanto vários princípios processuais admitem exceções, este é intangível e caso não observado acarreta a nulidade do processo.³¹¹

Neste contexto tem pertinência aludir à tutela de execução que, de acordo com a tradicional doutrina, não admite defesa meritória porque neste processo não há mais o que ser discutido acerca da existência ou não do direito do credor-exeqüente. Para existir o processo de execução, faz-se mister a presença de um título executivo líquido, certo e exigível. Este título tanto pode decorrer de uma ação judicial de conhecimento (artigo 584 do CPC),³¹² bem como pode tratar-se títulos extrajudiciais, independentemente de processo de conhecimento precedente, a que lei atribui força executiva (artigo 585 do CPC), como um cheque, uma nota

³¹⁰ ZAMUDIO, ap. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direito e processo*. 1. ed. Vol. 5. Rio de Janeiro: Aide, 1997, p.79.

³¹¹ Ibidem, p.80.

³¹² Lembre-se que a lei nº 10.444/02 excluiu as ações para entrega de coisa e de obrigação de fazer e não-fazer do âmbito das ações autônomas de execução, quando decorrentes de sentença.

promissória, uma letra de câmbio, por exemplo. O processo de execução apenas possui três fases: postulação (inicia-se e termina com a petição inicial); instrução (a partir da penhora até a arrematação); e a fase da entrega do produto. Alega-se inexistir defesa na execução. O devedor somente poderia defender-se através de uma ação incidental de embargos à execução, pois o artigo 736 do CPC, insculpe: “*O devedor poderá opor-se à execução por meios de embargos, que serão autuados em apenso aos autos do processo principal*”.³¹³ Esta ação de embargos que nos casos de execução baseada em título executivo judicial terá sua defesa restrita às hipóteses elencadas no artigo 741, só é possível de ser aceita pelo judiciário para nela discutir a postulação defensiva do devedor, se este tiver, previamente, garantido a execução pela penhora ou pelo depósito da coisa (artigo 737 do CPC).³¹⁴ Garantir a execução significa assegurar o credor da satisfação de crédito, o que é feito com a penhora de bens em tantos quantos bastem para garantir a dívida.³¹⁵

Mas há quem admita a defesa na execução, ainda que, apenas, com o sentido de torná-la menos ruína para o devedor.³¹⁶ Para tanto, deve-se cientificar o devedor de todos os atos processuais praticados no processo executivo, pois não há como se falar em contraditório sem que se dê ciência às partes dos acontecimentos processuais. A doutrina e a jurisprudência mais modernas, porém, contrariamente à prescrição do artigo 737 do CPC, admitem o contraditório na execução independentemente da realização da penhora ou da entrega da coisa, pois como dito acima não se pode olvidar da norma constitucional que está inscrita no inciso LV do artigo 5º da Constituição, a determinar a observância do contraditório nos processos administrativos e judiciais, tal norma, frise-se, é superior a qualquer outra que com ela choque-se ante a hierarquia (supremacia) da Constituição, além de se tratar de uma cláusula pétrea de aplicação independente de regulamentação legal.

³¹³ Abstraia-se a exceção de pré-executividade.

³¹⁴ As de fazer e não-fazer dispensam essa garantia (artigo 737)

³¹⁵ Salvo a execução por quantia certa contra devedor insolvente na qual haverá penhora universal.

³¹⁶ Tarzia considera que o contraditório no processo de execução vem sendo lastreado nos seguintes requisitos: **informação necessária** e participação eventual. Mas depois do parecer de Pontes de Miranda que redundou na tese da *Exceção de Pré-Executividade*, os pretórios vêm cada vez mais elastecendo o âmbito de discussão no processo executivo, mesmo que cingido aos requisitos formais de seu pressuposto específico: o título. TARZIA, ap. Humberto Theodoro Júnior em Direito e Processo, Vol. 5. Aide, Rio de Janeiro, 1996, p.80, onde se refere a Eduardo Couture, para quem o contraditório consiste “...en admitir, dentro de términos más reducidos, los medios de defensa necesarios para evitar la ruínosa realización de los bienes del deudor”.

Além dessa espécie de relação processual, não se pode fugir ao exame de um modo jurídico de se relacionar existente entre o autor e o Estado, exclusivamente, naqueles casos nos quais o processo é extinto sem haver a participação da parte ré. E aqui estaremos diante de uma espécie de **relação jurídica processual atípica**. Como se denota, pois, desde já, classificamos a relação jurídica processual em: típica e atípica.

18. Da relação processual típica: a citação e os seus efeitos.

O perfazimento da **relação processual típica** ocorrerá com a citação válida do réu (artigo 264), porque alguns efeitos jurídico-processuais como a prevenção (caso de competência de foro, porque a de juízo dá-se com o despacho que manda citar o réu: artigo 106 do CPC), a litispendência, a litigiosidade da coisa *sub judice* e a constituição do devedor em mora, somente ocorrerão se o réu for validamente citado. A mora ocorrerá ainda que o juiz que tenha ordenado a citação seja incompetente (artigo 219 do CPC).

O requisito primário a ser observado para a ocorrência da **relação processual típica** é a angularização: autor - Estado - réu, alcançada através do ato processual citatório. Citação, então, é o ato que ocorre no processo com a destinação de cientificar a parte ré, ou interessada, sobre a existência de uma demanda proposta contra sua pessoa ou que na mesma tenha interesse e que a partir de data certa ela pode, querendo, exercer o direito de defesa, nas palavras da própria lei: “*Citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado, a fim de se defender*” (artigo 213 do CPC). A citação é um ato processual consistente num pressuposto processual de desenvolvimento regular do feito, é tão importante que a validade do processo condiciona-se de maneira imprescindível à sua feitura ‘válida’: “*Para a validade do processo, é indispensável a citação inicial do réu.*” (artigo 214 do CPC). Daí resulta que o réu deve tomar conhecimento do despacho do juiz que ordenou a citação com os seguintes requisitos: estar acompanhado de cópia da petição inicial; a cominação, quando houver, de que não sendo contestado o pedido presumir-se-ão aceitos como verdadeiros os fatos

alegados pela parte autora; e o local, dia e hora do comparecimento, a depender do procedimento.

Mas apesar de tudo isso a citação poderá ser dispensada quando o réu comparecer ao processo espontaneamente, dès que tenha oportunidade de apresentar sua defesa sem prejuízo processual. Uma vez verificada a citação válida, os efeitos mencionados pelo artigo 219 do CPC, ocorrerão, salvo o da interrupção da prescrição. E o primeiro a ser referido pela lei é a **prevenção**.

18.1. Da prevenção: competência de juízo e de foro.

A prevenção é conceituada como sendo o fenômeno processual determinante da competência de um juiz, quando existirem dois ou mais, igualmente competentes, para conhecerem da mesma ação e também das que lhes forem conexas. Embora o artigo 219 afirme que a prevenção ocorrerá com a citação do réu, outras situações existem nas quais ela ocorre com o despacho do juiz que ordena a citação, como determina o artigo 106: *“Correndo em separado ações conexas perante juízes que têm a mesma competência territorial, considera-se preventivo aquele que despachou em primeiro lugar”*. Os artigos 106 e 219 estão em franca antinomia: pelo primeiro a prevenção ocorrerá pelo despacho positivo (ou seja, o que manda citar o réu); pelo segundo decorrerá da citação válida. Para conciliar estes dois dispositivos a doutrina e a jurisprudência assentaram que eles regulam fenômenos distintos: o artigo 106 trata da **competência de juízo** e o 219 da **competência de foro**.

Verificar-se-á a competência de juízo quando os juízes encontrarem-se na mesma base territorial (*mesma comarca ou circunscrição*), neste caso a prevenção determinar-se-á em favor do juiz que primeiro despachar a petição inicial, mandando citar o réu. Apesar de o artigo 106 não fazer menção ao tipo de despacho, a jurisprudência considera que não é qualquer despacho que tem o condão de determinar a prevenção, mas tão somente aquele que determina a citação do réu sendo irrelevante o fato de vir a ocorrer ou não primeiro lugar. Já

a competência de foro ocorrerá quando dois ou mais juízes estiverem em bases territoriais diferentes, caso em que a prevenção determinar-se-á pela citação *válida*, sendo irrelevante o fato de se verificar qual dos juízes despachou (mandando ou não citar o réu) em primeiro lugar.

Então, exemplificando: a base territorial da comarca de Olinda-PE coincide com o território do município de Olinda.³¹⁷ Nesta comarca a Jurisdição cível é subdividida em vários juízos (1ª, 2ª, 3ª, 4ª... Varas Cíveis), todos igualmente competentes para conhecer de ações cíveis que ali tramitem. Imagine-se um locador insatisfeito com o inquilino que se encontra inadimplente no pagamento dos alugueres, e resolva ajuizar contra o mesmo uma ação de despejo por falta de pagamento no dia 01 de março de 2003. Esta ação de despejo será distribuída para um dentre os juízes daquelas quatro Varas, consideremos que seja distribuída para a 1ª Vara Cível (01/03/03). Agora, pense-se que o inquilino também estivesse insatisfeito com o locador porque este se recusava injustamente a receber os alugueres e resolvesse ajuizar contra o mesmo uma ação de consignação em pagamento em 02 de março de 2003, e ainda, que esta ação fosse distribuída para a 2ª Vara Cível de Olinda. Consideremos que o juiz da 1ª Vara, para onde foi distribuído o processo de despejo, tivesse despachado a petição inicial, *mandando citar o réu*, no mesmo dia da distribuição; e que o juiz da 2ª Vara, para onde foi distribuída a ação de consignação em pagamento tivesse despachado a petição inicial somente no dia 03 de março de 2002.

Deve ser dito que estas ações possuem a mesma causa de pedir e por isso mesmo são consideradas como ações conexas. Para evitar-se decisões judiciais contraditórias, ambas devem ser julgadas pelo mesmo juiz (artigos 103 e 105 do CPC). Qual seria o juiz prevento, isto é, qual seria o juiz competente para julgar as duas ações? Seria o juiz da 1ª Vara porque foi o que despachou, *mandando citar o réu*, em primeiro lugar. Neste caso não importaria que a citação viesse a ocorrer primeiro no processo da 2ª Vara Cível, porque aqui se aplica o artigo 106 do CPC, excluindo-se a incidência do artigo 219, pois os juízes são da mesma comarca, estão na mesma base territorial. Outra seria a situação caso os juízes estivessem em

³¹⁷ Observe-se que apesar de a Constituição do Estado de Pernambuco determinar que todo município será sede de comarca, por questões estruturais há comarcas que abrangem o território de mais de um município.

bases territoriais diferentes, p. ex. um juiz do Recife e outro de Olinda, caso em que a incidência do artigo 219 afastaria a do 106.

18.2. Litispendência.

O segundo efeito legal decorrente da formação da **relação processual típica** é a **litispendência**. Litispendência é fenômeno processual consistente na repetição duma ação idêntica a outra já em tramitação, dès que ambas ainda não tenham sido julgadas definitivamente. Por ações idênticas deve-se entender duas ou mais ações nas quais coincidam inteiramente todos os seus elementos. Elementos da ação, por sua vez, são: as partes; o objeto; e a causa de pedir. Portanto, o pressuposto da litispendência é a repetição de ação idêntica, ainda em curso. O conceito legal é o seguinte: *“Há litispendência, quando se repete ação, que está em curso”* (§ 3º do artigo 301 do CPC). A litispendência não deve ser confundida com o instituto da **coisa julgada**. Por coisa julgada entende-se o fenômeno processual pelo qual ocorre a repetição de uma ação, com todos os seus elementos, mas aqui a primeira ação já deverá, obrigatoriamente, estar definitivamente julgada, dela não cabendo mais nenhum recurso (§ 3º do artigo 301 do CPC).

18.3. Litigiosidade da coisa: alienação da coisa litigiosa e a legitimidade das partes.

O terceiro efeito provocado pela citação válida é a **litigiosidade da coisa**, ou seja, o bem ou direito objeto do processo passa a sofrer as restrições da respectiva e futura decisão judicial sobre o mesmo. Isto não quer dizer que um bem ou um direito que esteja sendo examinado pelo judiciário não possa ser alienado, pode sim e esta alienação não altera a legitimidade das partes envolvidas na relação processual. Assim, se existe uma demanda

entre **A** e **B**, e se **B** resolve vender o bem que está sendo discutido na ação a **C**, as partes deste processo continuarão sendo **A e B**: “*A litigiosidade da coisa ou do direito litigioso, a título particular, por ato entre vivos, não altera a legitimidade das partes*” (artigo 42 do CPC). Acontecendo uma tal hipótese o adquirente só poderá substituir a parte que lhe alienou o direito ou a coisa se a parte adversa concordar. Mas fica-lhe reservada a faculdade de ingressar no processo para coadjuvar com a parte, autora ou ré, de quem comprou, exemplificativamente, a coisa *sub judice*. Este ingresso, depois de já formada a relação processual, obtém a denominação de **assistência**, sendo necessário apenas que o terceiro-adquirente demonstre ao juiz o seu **interesse jurídico**: “*Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la*” (artigo 50 do CPC). Conclui-se que a venda do bem litigioso é válida e eficaz nos planos material e processual, devendo-se apenas ressaltar a eficácia que a sentença deve produzir em relação ao terceiro adquirente.³¹⁸

18.4. Da mora.

O quarto efeito provocado pela citação é a constituição em **mora** do devedor. A mora é um estado jurídico que atesta a inadimplência de alguém e pode existir tanto por parte: do credor (mora accipiendi), quando este recusar de maneira *injusta* que o devedor cumpra sua obrigação consoante o estipulado em contrato; e do devedor (mora solvendi), quando este por sua culpa deixar de cumprir o objeto da obrigação (*prestação*) a que se comprometera.³¹⁹ “*Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que o não quiser receber no tempo, lugar e forma convencionados*” (artigo 955 do código civil).

³¹⁸ Athos Gusmão Carneiro em ementa de acórdão transcrito por NEGRÃO, Theotonio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 206.

³¹⁹ DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 713.

18.5. Da interrupção da prescrição regulada pelo novo código civil: a revogação parcial do artigo 219 do CPC.

Por fim, o quinto efeito a que se refere o artigo 219 do CPC, em relação à citação, é a interrupção do prazo da prescrição. Por prazo prescricional entenda-se o lapso temporal que medeia os seus termos inicial e final adrede fixados em lei para o exercício da ação. Salvo em matéria tributária, a prescrição é a perda do direito processual de ação sem que isso acarrete o perecimento do direito em si, isto é, ele perde sua força coativa de se fazer valer pela Jurisdição mas a sua existência permanece, porém, de forma anômala, mutilada. Assim, numa dívida representada por um cheque, e prescrito o prazo de cobrança judicial do mesmo, ainda assim, a dívida não deixa de existir até que também pereça o próprio direito, apenas não mais poderá ser cobrada em juízo. O perecimento do direito, pois, não ocorre com a prescrição mas com a **decadência**, que significa a perda do direito pela inércia de seu titular durante a fluência de prazo certo determinado em lei.

Ocorre que o artigo 202 do novo código civil estabeleceu que a causa processual interruptiva da prescrição passou a ser o despacho positivo do juiz (que ordenar a citação), dêse que o interessado a promova nos termos e prazos determinados no CPC. Manteve-se a regra de que a prescrição interrompe-se independentemente de o juiz ser competente ou não, bem como a que manda recomeçar a fluir o prazo a partir da data do último ato processual que obsteu a fluência. O que o novo CC não disse foi se se deve considerar, ou não, a retroação da data da interrupção à data da propositura da ação (§ 1º do artigo 219 do CPC). Parece-nos claro, contudo, que esta regra continua em vigor nos mesmos termos e interpretações já construídos, pois não seria justo a parte autora arcar com o ônus da lentidão da máquina judiciária. Pelo que, atualmente a prescrição interrompe-se pelo despacho do juiz determinante da citação, retroagindo os seus efeitos à data da propositura.

18.5.1. A interrupção da prescrição tributária frente ao novo código civil.

Como alardeado acima, uma exceção à regra do artigo 219, agora revogado pelo artigo 202 do novo CC, encontra-se no direito tributário onde o § 1º do artigo 8º da lei 6.830/80 (LEF) contém dispositivo antagônico ao contido no artigo 174 do CTN. Há uma grande celeuma acerca de qual dos dois dispositivos deve prevalecer, noutras palavras: a prescrição tributária interrompe-se com o despacho que recebe a inicial (artigo 8º da lei 6.830/80) ou somente com a citação (artigo 174 do CTN)?

Humberto Theodoro Júnior manifesta-se contrário à superposição do CTN sobre a LEF.³²⁰ No entanto, inúmeros juristas quedam-se em sentido contrário. Silva Pacheco, em seus “*Comentários à LEF*”, magistra que o §1º do artigo 8º da LEF, “*Trata-se sem dúvida de privilégio odioso, porque discrimina entre credores a forma de interromper a prescrição, sem razão plausível*”.³²¹ Entendemos como correto o entendimento pela prevalência do Código Tributário Nacional sobre a Lei de Execução Fiscal. É que o CTN constitui-se em norma **complementar** à Constituição Federal, ao passo que a LEF é lei meramente ordinária. Trata-se de uma questão de reserva de competência afeta à lei complementar. A Constituição Federal na alínea “b” do inciso III, de seu artigo 146, dispôs caber à Lei Complementar, e não à ordinária, estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especificamente, sobre: *obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributárias*. Assim, não poderia a lei ordinária dispor de forma diferente do que decreta a complementar, pois, neste caso, estaria invadindo uma reserva de competência constitucionalmente atribuída à lei complementar.

Tal ocorre no Direito Tributário porque a prescrição não apenas extingue o Direito de ação, mas também o Direito em si mesmo.³²² De tal forma, seria lícito ao juiz, decretar, de ofício, a prescrição tributária. Por que deveria, então, esperar a provocação do

³²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de execução fiscal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, 50-53.

³²¹ SILVA PACHECO, José da. *Comentários à lei de execução fiscal*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 82.

³²² A este respeito o professor Hugo de Brito Machado escreveu que: “*Na Teoria Geral do Direito, a prescrição é a morte da ação que tutela o direito, pelo decurso do tempo previsto em lei para esse fim (...) O CTN, todavia, diz expressamente que a prescrição extingue o crédito tributário (art. 156, V). Assim, em nosso Direito, a prescrição não extingue apenas a ação, mas também o próprio Direito*”. MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, p. 146-7.

interessado se extinto está o próprio Direito?³²³ O prazo da decadência pode ser fixado não apenas pela lei, mas, também, através de negócio jurídico bilateral ou unilateral, ao passo que o prazo da prescrição só pode ser estipulado pela lei.³²⁴ Isto está absolutamente correto tendo em vista que a prescrição regula o exercício do direito de ação, salvo o caso acima discorrido. Trata-se, portanto, de direito a ser exercido, primeiramente, contra ou em relação ao Estado, logo é de direito público que se trata e sobre o qual a vontade dos particulares não pode prevalecer. Vê-se que a prescrição atinge a ação de forma direta e, reflexamente, também o direito ao retirar-lhe a força de seu cumprimento coativo, ao passo que a decadência fulmina tanto o direito quanto a respectiva ação que o assegura.

18.5.2. Prescrição e o problema da circundução e da perempção no novo CC.

Remanesce a circunduta no processo dos juizados cíveis?

O verbo circundutar indica *julgar nulo*.³²⁵ Em ambiência processual, circundutar traduz o ato de julgar nula a citação. E circundução designa a inexistência de citação em virtude de ato ou fato previsto em lei.³²⁶ O código civil de 1916, em seu artigo 175, consignava que a prescrição não se interrompia caso a citação fosse nula por vício de forma, por circunduta, ou nas hipóteses em que ocorrer a perempção (artigo 175 do CC).

³²³ Neste norte já decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, acatando o voto do Desembargador Relator Amaury Arruda de Souza, *verbis*: “*Execução Fiscal – É possível reconhecer de ofício a prescrição tributária. As disposições do artigo 40 e seus parágrafos, da Lei de Execução Fiscal, devem ser interpretados em harmonia com o princípio geral da prescrição tributárias, contido no art. 174, do Código Tributário Nacional. – Ao contrário da sustentação do apelante, tenho para mim que a prescrição em matéria tributária pode ser decretada de ofício, conforme decidido na sentença recorrida...*”. In Revista jurídica da instituição Toledo de ensino”, Nº 18/ Agosto de 1997, p. 11-2.

³²⁴ DINIZ, Maria Helena, op. cit. p. 190-1.

³²⁵ AURÉLIO. *Dicionário eletrônico*.

³²⁶ Segundo José Cretella Neto: “*Ocorria circundução, no processo antigo, quando o autor, promovendo a citação do réu, não comparecia à audiência de acusação de citação. Declarada nula a citação, deveria ser repetida, para que fosse válido o processo. Na sistemática atual não existe tal audiência, tendo desaparecido o termo em sua acepção original, embora o Código Civil ainda o mencione, no art. 175: ‘A prescrição não se interrompe com a citação nula por vício de forma, por CIRCUNDUTA, ou por se achar perempta a instância, ou a ação’. Pena de tornar nula a citação do réu, aplicada antigamente ao autor que não comparecia em juízo*”. CRETELLA NETO, José. *Dicionário de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 93-4.

Circundução da citação operava-se nos procedimentos sumários quando o autor não comparecia à audiência designada pelo juízo, quedava-se, então, sem efeito a interrupção da prescrição ante a revelação tácita do desinteresse do demandante.³²⁷ Hoje isso não mais acontece no CPC.³²⁸ Bem esclarece Frederico Neves que a ausência da parte autora à audiência preliminar no procedimento sumário induz apenas aos efeitos: de se considerar prejudicada a tentativa de conciliação; o juiz receber a resposta do réu; dispensa da prova requerida pela parte ausente.³²⁹ Essas são conseqüências da ausência do autor à audiência preliminar do sumário, donde se vê que o artigo 175 do CC de 1916 já havia sido expurgado do nosso ordenamento processual em razão do prescrito nos artigos 277 e 278 do CPC. O novo CC não trouxe artigo correspondente ao 175 do código antigo, de modo que não resta dúvida sobre inaplicabilidade da circundução no processo civil regido pelo CPC.

Ingressando agora no subsistema processual dos juizados especiais cíveis, regulado pela lei 9.099/95, constata-se que o problema remanesce, pois segundo o inciso I do artigo 51 desta lei, quando o autor não comparecer a qualquer das audiências do processo, deverá o juiz pôr termo à demanda impondo-lhe o ônus do pagamento das custas. Ora, mesmo não tendo o artigo 18 desta lei dito que o ato citatório produz o efeito da interrupção da prescrição, agora decorrente do despacho positivo (artigo 202 do novo CC), mesmo assim,

³²⁷ Sobre o assunto Joel Dias Figueira Júnior esclarece: “O CPC de 1939 tratava desta matéria sob epígrafe de absolvição da instância, a qual poderia ser requerida pelo réu, dentre outras situações elencadas no art. 201, quando o procurador do autor faltasse injustificadamente à audiência de instrução e julgamento (art. 266, I). Com a entrada em vigor do Código de 1973, essa situação foi abolida, facultando apenas ao Juiz a dispensa das provas requeridas pela parte cujo advogado não comparecer à audiência (§ 2º, art. 453)”. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias e LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 366.

³²⁸ “Como hodiernamente não mais existe a circundução da citação, o art. 175 ficou nessa parte superado”. DINIZ, Maria Helena, op. cit. p. 181.

³²⁹ NEVES, Frederico Ricardo de Almeida, onde, à p. 191, da obra citada ao final desta nota, consigna o eminente processualista pernambucano: “3º) não comparecendo a parte autora à audiência preliminar, sem justificativa, será considerada prejudicada a tentativa conciliatória, recebendo o juiz a resposta do réu. Obs.: neste caso, poderá ser dispensada a produção da prova requerida pela parte ausente (art. 453, § 2º, do CPC), ocasião em que o juiz, de imediato, proferirá sentença (posicionamento adotado pelo Min. Athon Gusmão Carneiro). Observe-se, contudo, que o citado dispositivo está inserto na seção do código destinada a audiência de instrução e julgamento (registro para reflexão). Obs.: justificada a ausência do autor, a audiência só não será adiada, se o seu advogado, presente ao ato, exibir poderes para transigir, e pedir a realização do ato”. NEVES, Frederico Ricardo de Almeida. *Agravo. Nova sistemática e outros temas de exegese controvertida da reforma processual civil*. Recife: Bagaço, 1996.

a doutrina firmou-se pela aplicação do artigo 219 do CPC para esse fim.³³⁰ É curial que agora, também nos juizados, o ato processual que interrompe a prescrição é o despacho positivo, não mais a citação. Mas o que nos interessa, para o contexto, é que havendo a interrupção da prescrição pelo despacho do juiz e, havendo a extinção do processo em virtude da ausência do autor a qualquer audiência, resta-nos reconhecer que a circunduta remanesce no processo regido pela lei 9.099/95. Mesmo que o atual CC não repita regra similar a do antigo artigo 175, mesmo assim, por uma questão de lógica processual, a prescrição deve ser considerada como não interrompida (circunduta) sempre que o autor faltar a qualquer das audiências.³³¹

Quanto à **perempção**, deve-se aventar que este instituto corresponde à perda do direito de ação quando o autor, por três vezes, der causa a extinção do processo em razão de não ter promovido os atos e diligências que lhe competiam abandonando a causa por mais de trinta dias, nesse caso o requerente não mais poderá intentar nova ação (parágrafo único do artigo 268, c/c § 3º do artigo 267 do CPC). Quando comenta o artigo 175 do CC, no concernente à perempção, Maria Helena Diniz afirma que “... *se uma ação for julgada improcedente, não poderá ser ela renovada, e, se o for, o réu invocará a coisa julgada como preliminar de contestação (CPC art. 301, VI). Com isso ter-se-ia a inutilização da interrupção da prescrição, uma vez que esta não se iniciará*”.³³² Deve-se, porém, inolvidar que havendo perempção o advogado do réu deve argüir em preliminar de contestação, não a

³³⁰ Tanto que, comentando o artigo 18 da lei nº 9.099/95, Joel Dias Figueira Júnior escreve: “*É assente que a não localização do sujeito passivo da demanda por se encontrar em local incerto ou desconhecido frustra quase sempre o resultado prático de satisfatividade buscado pelo autor ou exequente através do processo judicial, valendo a citação apenas para interromper a prescrição, tornar prevento o juízo, induzir litispendência e fazer litigiosa a coisa*”. Sem negrito no original. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias e LOPES, Maurício Antônio Ribeiro, op. cit. p. 254.

³³¹ Sem desconhecer que o TST considera que o arquivamento da demanda trabalhista não afeta a interrupção da prescrição, nos termos do enunciado nº 268: *Prescrição. Interrupção. Demanda trabalhista arquivada. A demanda trabalhista, ainda que arquivada, interrompe a prescrição*, (Res. 1/1988 DJ 01-03-1988), nado obstante isto, outro é o entendimento do STJ em matéria processual civil. Quando o processo for extinto sem julgamento do mérito em razão de omissão processual da parte autora, especificamente nos casos de o feito ficar parado durante mais de um ano por negligência das partes, ou quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de trinta dias. Vejamos a teor da seguinte acórdão: “*Recurso Especial. Previdenciário. Processo civil. prescrição. Ação de revisão de benefício previdenciário. Art. 219 do CPC: ‘A citação válida interrompe a prescrição ainda que o processo seja extinto sem julgamento do mérito, salvo as hipóteses do art. 267, incisos II e III do CPC. Recurso conhecido, mas desprovido’*. RESP 231314/RS, 1999/0084599-4. DJ: 16/12/2002. www.stj.gov.br.

³³² DINIZ, Maria Helena, op. cit. p. 182.

coisa julgada, como dito acima, mas a própria perempção, como se depreende da leitura da norma dirigida ao advogado e insculpida no artigo 301 do CPC: “*Compete-lhe (ao advogado), porém, antes de discutir o mérito, alegar: I- inexistência ou nulidade de citação; II- incompetência absoluta; III- inépcia da petição inicial; IV- perempção.*”

Além disso, observe-se que, até ser declarada por sentença a perempção, a prescrição não fluirá. Estará “interrompida” pelo fato de ter havido o despacho positivo. Sobre outro aspecto, uma vez declarada por sentença a perempção, é evidente que os seus efeitos retroagirão à data da propositura da ação, devendo o prazo de prescrição ser considerado como se não interrompido fosse.

19. Delimitando o objeto de uma teoria geral do processo.

Nossa proposta considera as especificidades da ciência processual, consequentemente, entendemos o direito processual como um gênero ao qual pertencem algumas espécies: o direito processual civil, o direito processual penal, o direito processual trabalhista, o direito processual eleitoral, o direito processual administrativo. Este último, por sua vez, agora examinado como um subsistema inserido no sistema processual, constitui-se também num gênero abrangedor de outras espécies, tais como o processo administrativo disciplinar, tributário, previdenciário, penal, dentre outros.³³³ Consigne-se, portanto, a nossa rejeição à tese dualista da TGP.

³³³ Sendo certo que alguns autores apontam o processo tributário não como uma subespécie do processo administrativo, mas como um ramo autônomo e particularizado, de índole jurisdicional, cujo objeto legislativo peculiar seria a lei nº 6.830/80. Outros autores, porém, não concebem a teoria geral do processo para além das espécies: *direito processual civil e direito processual penal*. É como pensa José Frederico Marques: “*Nos países do contencioso administrativo é possível falar-se em Direito Processual Administrativo, processo administrativo e jurisdição administrativa. Esta última, como explica, Liebman, seria uma jurisdição especial em relação à jurisdição civil*”. MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 1. reedição. Vol. I. Campinas: Millennium, 2000, p. 20.

* * *

Este capítulo cingiu-se a considerações adstritas à relação jurídica processual verificada no âmbito do processo judicial e, especificamente, no do processo civil. Porém, e em consideração ao escopo da tese – a propositura de uma nova TGP - pareceu-nos necessário enfrentar o problema da inserção, ou não, do processo administrativo no gênero: *processo civil*. Assim, e considerando as peculiaridades gestoras da relação processual administrativa, capaz de, por si só, justificar o desenvolvimento de um capítulo específico, o seguinte terá esta missão.

CAPÍTULO 04

RELAÇÃO PROCESSUAL ADMINISTRATIVA CONFRONTADA COM A RELAÇÃO PROCESSUAL PENAL.

1. Relato histórico do processo administrativo:
origem jurisdicional.

Na época do império, quando existia no Brasil o chamado *contencioso administrativo*, o processo administrativo consistia não apenas em executar as leis e os decretos imperiais, outrossim, estendia-se o poder do administrador para os albores da jurisdição administrativa. Havia a possibilidade de resolução de pendências na execução dos atos administrativos, bem como o julgamento de reclamações exigidas pela execução do ato, o que consistia em função da Administração Contenciosa. Neste sentido, administrar importava também em se atribuir ao administrador poderes para julgar, administrativamente. Era o reinado da *jurisdição administrativa* brasileira. Todos os negócios que podiam ser postulados na jurisdição graciosa ou contenciosa, também podiam ser objeto de apreciação administrativa de forma mais célere e expedita, segundo Antônio Joaquim Ribas.³³⁴

A lei nº 234 de 23 de novembro de 1841 criou e instituiu o Conselho de Estado, composto por doze membros ordinários, além de ministros de Estado, cuja presidência recaia na pessoa do imperador do Brasil. Dentre as suas funções estava a de dirimir conflitos de jurisdição entre as autoridades judiciais e administrativas:

“Art. 7º da lei 234/1841 - - Incumbe ao Conselho d’Estado consultar em todos os negocios, em que o Imperador Houver por bem ouvil-o, para resolver-os; e principalmente:

4º – Sobre conflictos de jurisdicção entre as Autoridades Administrativas, e entre estas e as Judiciarias”.

Na fase do Império havia mesmo no Brasil uma jurisdição especializada em solucionar pendências administrativas. A expressão ‘*contencioso administrativo*’ designa exatamente a Jurisdição da Administração Pública e nela se discutiam e se resolviam

³³⁴ RIBAS, Antônio Joaquim, ap. CRETELLA JÚNIOR, *Prática do processo administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p 38.

conflitos de interesses entre os particulares e a Administração em consequência de atos por esta praticados em prejuízo daqueles.³³⁵

Na fase republicana a Constituição de 1891 aboliu o contencioso administrativo, subtraindo da Administração o poder jurisdicional de julgar feitos administrativos. No processo administrativo do império (contencioso administrativo) a defesa era consideravelmente tolhida eis que a “parte” não podia retirar os autos da repartição para melhor estudá-los, além de não se revestir do requisito da publicidade dos atos processuais. Na verdade tratava-se de uma espécie de processo tida pela doutrina como draconiana, pois não havia sequer direito de recorrer sem prévio depósito ou mediante a prestação de fiança idônea.³³⁶ Nesta fase Alcides Cruz traçou as linhas mais marcantes de distinção entre o processo administrativo e o processo civil, destacando que este era regido pelas próprias partes ao passo que aquele era dirigido pelo juiz; o civil era público, dispendioso e complicado, admitindo os mais variados ritos, o administrativo era secreto, mais simples e econômico e geralmente ou era sumário ou sumaríssimo, além de que a parte não podia malsinar o juiz de suspeito ou impedido.³³⁷

Na Áustria, já em 1925, foi editado um código de processo administrativo, seguido pelo código polonês de 1928 e pelo iugoslavo de 1930. É de bom alvitre, porém, ressaltar que segundo Tomás Ramón Fernández, na Espanha, em 1889, foi editada uma lei que regulamentava o processo administrativo espanhol, de maneira que, a considerar-se tal afirmação como verdadeira a precedência na matéria pertence aos iberos.³³⁸

Hodiernamente o processo administrativo evoluiu bastante e sua conceituação possui vários sentidos: ora significa o conjunto de documentos organizados numa pasta referentes a assuntos de interesse dos funcionários; noutro sentido é concebido como processo disciplinar objetivando a apuração de alguma falta cometida e a punição de seus autores, envolvendo atentados à hierarquia, disciplina,

³³⁵ NEVES, Iêdo Batista. *Vocabulário enciclopédico virtual*.

³³⁶ Embora o depósito recursal seja, ainda hoje, uma exigência considerada lícita e operante no processo administrativo tributário brasileiro.

³³⁷ CRUZ, Alcides, ap. CRETELLA JÚNIOR, op. cit. p. 36-7.

³³⁸ RAMÓN FERNÁNDEZ, ap. BANDEIRA de MELLO, Celso Antônio, op. cit. em nota de rodapé de nº 18, na p. 277.

etc., nesta vertente muitas vezes chegou a ser denominado de “inquérito administrativo”; sob outro aspecto representa a apuração de fato considerado como criminoso cometido contra a Administração e aí visa punir ou eximir de culpa o acusado, é denominado de processo administrativo criminal.³³⁹

2. Do arbítrio ao inquérito. Do inquérito ao processo.

Considerado por Egberto Maia Luz como verdadeira excrecência processual disciplinar, o inquérito administrativo não pode ser confundido com o processo administrativo disciplinar. Sua progênie etimológica remonta ao latim e deriva de *inquaerere*, que, além de designar inquirir e pesquisar, traduz mesmo a idéia de inquisicionar, isto é, demonstra que a atuação de determinado órgão administrativo estatal inspira-se na *inquisição* com certa e iniludível intenção de condenação premeditada.³⁴⁰

Mas a atividade inquisitorial não é (e não foi) exclusiva da Administração Pública, pois ao lado do inquérito administrativo outras figuras correlatas existem noutras searas do direito, vejamos os seus principais traços e diferenças.

3. Inquérito administrativo, inquérito penal, inquérito civil e inquérito trabalhista. Diferentes finalidades.

Iniciemos com o inquérito penal.

³³⁹ CRETELLA JÚNIOR, op. cit. p. 43.

³⁴⁰ MAIA LUZ, Egberto. *Direito administrativo disciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 120.

3.1. – Da finalidade do inquérito penal.

O inquérito policial somente surgiu em nosso ordenamento jurídico com a publicação e vigência da lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871, regulamentada pelo decreto nº 4.824, de 28/11/1871. Pois bem, o artigo 42 da referida lei o definiu como sendo aquela atividade consistente em todas as diligências necessárias à apuração e descobrimento de fatos criminosos, suas circunstâncias, seus autores e cúmplices, devendo tudo isso ser reduzido a instrumento escrito.³⁴¹

Vê-se que desde o século passado a finalidade do inquérito policial jamais consistiu em aplicar punição aos indiciados, diferentemente do que ocorreu, em nosso direito, com o inquérito administrativo. Tanto isto é verdade que o Supremo Tribunal Federal entende inaplicável a exigência do contraditório no inquérito policial, pelo exato motivo de, através dele, não se vislumbrar a possibilidade de se aplicar qualquer penalidade ao indiciado. Neste sentido, o STF, à unanimidade, já rejeitou embargos declaratórios contra decisão que indeferiu pedido de *Habeas Corpus*, justificando que os órgãos envolvidos no procedimento de inquérito policial militar, ainda que jurisdicionais, não exercem atividades judicantes, daí a inexigibilidade do contraditório e da ampla defesa.³⁴²

³⁴¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. I. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 176.

³⁴² Vejamos a ementa do acórdão: Número do processo: EDHC68739 - classe: EDHC - Embargos de declaração em habeas corpus - origem: DF - Distrito Federal - Relator: Ministro Sepúlveda Pertence - Julgamento: 1991/11/12 - Sessão: 01 - Primeira turma - Publicações: DJ data-07-02-92 PP-00737 - Ement vol-01648-01 PP-00086 RTJ vol-00138-02 PP-00528 - Observação: Votação Unânime. Resultado: não conhecidos. N.PP: (12). Revisão: (NCS). Alteração: 02.12.93, (MV). EMENTA: “I. Prazo: embargos de declaração a acórdão do STF denegatório de HC contra decisão do STM: verificação da tempestividade na data do protocolo da petição no STF, sendo inaplicável o art. 543 CPPM; exame, não obstante, dos fundamentos dos embargos intempestivos para verificar se e de conceder HC de ofício. II. Inquérito policial militar: arquivamento: aplicação da Sum. 524, que pressupõe prévia adequação dos seus termos ao C. Pr. Pen. Militar. O arquivamento do inquérito, na lei processual militar, só se aperfeiçoa depois de exaurido o prazo para a representação do Corregedor (CPPM, art. 498, par-1.) ou, oferecida essa, com a decisão do STM que a indeferir ou com o novo despacho do Juiz que, insistindo o Procurador-Geral, determinar o arquivamento: só a partir daí caberá cogitar, segundo a orientação da Sumula 524, da exigência de novas provas para autorizar a ação penal. . III. Inquérito policial: correção parcial contra o seu arquivamento na Justiça Militar: inaplicabilidade da garantia do contraditório e da ampla defesa. No incidente pré-processual do arquivamento de IPM, os órgãos judiciais envolvidos exercem “atividade anômala de caráter não jurisdicional”, que tem o sentido único de fiscalizar a aplicação do princípio da obrigatoriedade da

A análise da jurisprudência do Supremo, se por um lado demonstra que não é exigível o contraditório no inquérito policial, por outro, a sentença judicial que condenar o réu com base de fundamentação, **exclusiva**, no inquérito policial, é nula, pois, nesta peça administrativa, não se proporciona defesa ao indiciado, logo, a sentença condenatória que nela se baseia, exclusivamente, é, igualmente nula, por impor um gravame *judicial* sem direito à defesa.³⁴³

A finalidade específica do inquérito penal é, tão somente, a de **apurar** a materialidade e autoria dos delitos capitulados em lei penal como criminosos, nada, primordialmente falando, além disso. Veja-se que descoberta a autoria de um crime e comprovada sua materialidade, a instauração da persecução judicial com o desiderato de punir o autor, ou autores, pertence ao titular da legitimidade para a causa da ação penal. No nosso caso o *dominus litis* da ação penal é o Ministério Público, nos casos de ação penal pública (artigo 24 do CPP), ou do ofendido, ou de seu representante (artigos 30, 31, 33 e 34, todos do CPP), sendo a ação penal de natureza privada e também em algumas hipóteses como no caso da ação penal privada subsidiária da pública (artigo 29 do CPP). Aqui, a lei expressamente admite ação penal interposta pelo particular nos crimes de ação pública, desde que o procedimento não venha a ser instaurado, no prazo legal, pelo *parquet*, ex vi legis do artigo 29 do CPP. O prazo de interposição da ação penal, consoante o artigo 46 do CPP, é de cinco dias, estando o acusado preso, ou de quinze dias, quando o sujeito passivo da ação penal estiver solto.

3.1.1. Autoridade administrativa revestida de autoridade de polícia judiciária.

ação penal, função que, entretanto, não lhes outorga nem o poder de substituir-se ao Ministério Público na iniciativa do processo penal, nem o de ordenar-lhe que proponha a ação: por isso, a decisão do STM, que defere a correição, simplesmente devolve o caso ao Procurador-Geral, com o que o problema de propor ou não a ação penal remanesce na esfera do Ministério Público, que e parte, e em cujas decisões, por conseguinte, não ha princípio que imponha a audiência necessária do terceiro interessado". (Salientamos).

³⁴³ Vejamos: Supremo Tribunal Federal - número do processo: HC50722 - Classe: HC - habeas corpus - Origem: GB - Guanabara - Relator: Ministro Bilac Pinto - Julgamento: 1973/02/28 - Sessão: 02 - Segunda Turma - Publicações: DJ Data - 05-10-73 - Ementa: "*Sentença condenatória. Inquérito policial. Contraditório. A decisão condenatória, apoiada, exclusivamente, no inquérito policial, contraria o princípio constitucional do contraditório. Habeas corpus deferido*". Confira-se Informa - Prolink Softwares - Repositório Jurisprudencial Eletrônico.

O inquérito policial é de competência da polícia judiciária. Isto é fato! Pois bem, e quando a ação penal é instaurada fundamentando-se em peças de processo administrativo comprovadoras da existência da materialidade e indiciadoras da autoria? Neste caso o inquérito policial não é de exclusiva atribuição da polícia judiciária, estadual e/ou federal. É que o *caput* do artigo 4º do CPP estabelece que: “A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas **jurisdições** e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria”. Apesar da incorreção desta prescrição legal, pois o legislador teria agido com correção se, em vez de **jurisdição**, tivesse utilizado a expressão **atribuições**,³⁴⁴ apesar disso, também a autoridade administrativa detém a *atribuição*

³⁴⁴ Tourinho prefere a expressão **competência**, em vez de **jurisdições**. TOURINHO, op. cit. p.178. A bem da verdade de **jurisdições** não se trata, nem de competência já que esta deriva daquela como uma parcela sua, mais adequado, nos parece, seria que a lei tivesse dito **atribuições**. Analogicamente podemos invocar o artigo 124 do código de processo civil que denomina de **conflito de atribuições** as hipóteses nas quais autoridades judiciárias e administrativas divergem quanto à prerrogativa de praticar determinados atos.

A propósito do problema da competência o STF decidiu que o Presidente da República não possui imunidade processual capaz de livrá-lo de processo judicial em face de atos considerados ilícitos cometidos antes de assumir o mandato, tal como ocorreu com Fernando Collor de Mello, mas a competência, nesse caso, não pertence ao STF, vejamos: número do processo: INQO672. Classe: INQO - inquérito - questão de ordem. Origem: DF - Distrito Federal. Relator: Min:155 -Ministro Celso de Mello. Revisor: Relator para acórdão: partes: Relator : o senhor Ministro Celso de Mello representante: Hélio Pereira Bicudo. Indiciado: Presidente da República. Julgamento: 1992/09/16. Sessão: TP - tribunal pleno. Publicações: DJ data-16-04-93 pp-06431. Ement: vol-01699-02 pp-00249. **Ementa:** *Inquérito - Presidente da República - Atos estranhos à função presidencial - Fatos supostamente delituosos cometidos durante a campanha eleitoral de 1989 - CF, art. 86, par. 4. - Disciplina do tema no direito comparado - imunidade temporária do Chefe de Estado a persecução penal em juízo - incompetência do Supremo Tribunal Federal para a eventual ação penal - devolução dos autos a origem. . - O art. 86, PAR. 4., da Constituição, ao outorgar privilégio de ordem político-funcional ao Presidente da República, excluiu-o, durante a vigência de seu mandato - e por atos estranhos ao seu exercício -, da possibilidade de ser ele submetido, no plano judicial, a qualquer ação persecutória do Estado. . A cláusula de exclusão inscrita nesse preceito da Carta Federal, ao inibir a atividade do Poder Público, em sede judicial, alcança as infrações penais comuns praticadas em momento anterior ao da investidura no cargo de Chefe do Poder Executivo da União, bem assim aquelas praticadas na vigência do mandato, desde que estranhas ao ofício presidencial. . - A norma consubstanciada no art. 86, PAR. 4., da Constituição, reclama e impõe, em função de seu caráter excepcional, exegese estrita, do que deriva a sua inaplicabilidade a situações jurídicas de ordem extrapenal. . O Presidente da República não dispõe de imunidade, quer em face de ações judiciais que visem a definir-lhe a responsabilidade civil, quer em função de processos instaurados por suposta prática de infrações político-administrativas, quer, ainda, em virtude de procedimentos destinados a apurar, para efeitos estritamente fiscais, a sua responsabilidade tributária. . - A Constituição do Brasil não consagrou, na regra positivada em seu art. 86, PAR. 4., o princípio da irresponsabilidade penal absoluta do Presidente da República. O chefe de estado, nos ilícitos penais praticados "in officio" ou cometidos "propter officium", poderá, ainda que vigente o mandato presidencial, sofrer a "persecutio criminis", desde que obtida, previamente, a necessária autorização da Câmara dos Deputados. . - A circunstancia de os fatos apontados como delituosos não terem*

estabelecida no *caput* do artigo 4º do CPP, pois o parágrafo único desta mesma norma diz que a “competência” – melhor seria se dissesse **atribuição** – aqui definida não é excludente da das demais autoridades administrativas a que a lei cometa a mesma função.

Veja-se a sutileza dogmática: somente haverá inquérito policial através da atuação da polícia judiciária; o deferimento de atribuição à autoridade administrativa para apurar infrações administrativas capituladas em lei como criminosas, não significa que se permita a existência de inquérito por outra autoridade, não revestida do caráter de polícia judiciária. Outrossim, o que diz a lei é que, nessas hipóteses, a autoridade administrativa atuará revestindo-se de atribuições típicas de polícia judiciária. Por fim, e concluindo, a finalidade do inquérito policial penal, será, sempre, a de apurar materialidade e autoria de delitos descritos em lei penal como criminosos, apenas isso. O inquérito administrativo distingue-se do penal, tanto pelo aspecto de, em alguns casos, poder ensejar a aplicação de pena ao indiciado sem a necessidade de instauração de procedimento posterior quanto pelo fato de o artigo 153 da lei federal nº 8.112/90 determinar a obediência ao princípio do contraditório e à ampla defesa – imperativo indispensável, já que dele pode emanar punição -, aspecto incabível no inquérito penal.

3.2- A finalidade do inquérito civil.

O inquérito civil nasceu inspirado no inquérito policial e foi criado pela federal nº 7.347, de 24 de julho de 1985.³⁴⁵ Colima investigar a causação de danos praticados contra o meio ambiente, bens e direitos de valor histórico, paisagístico, turístico e estético. Tudo isso, visa, na verdade, a consubstanciar elementos probatórios e fundamentar a propositura de ação

ocorrido na vigência do mandato presidencial afasta, na hipótese, a competência penal originária do Supremo Tribunal Federal, impondo-se, em consequência, a devolução dos autos ao Tribunal de origem, para as providências investigatórias que julgar cabíveis. Observação: votação unânime. Resultado: declarada a incompetência do STF. Caso FERNANDO AFONSO COLLOR DE MELLO. Veja INQ-392, INQ-516, INQ-567, INQ-571. N.PP.: (47). Análise: (DMY). Revisão: (NCS). Inclusão: 27.04.93, (MV). Alteração: 01.09.94, (AK).

³⁴⁵ MAZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 39.

civil pública pelo Ministério Público. Daí que sua presidência recai sobre o promotor público, ou procurador da república, ou do trabalho, de acordo com as atribuições de cada órgão ministerial. Este, sempre que propuser a ação civil pública, agirá na condição de substituto processual de toda a sociedade, ou, ainda, de acordo com Antônio Cláudio da Costa Machado, na defesa do interesse “... *daqueles que ordinariamente deveriam buscar a realização de certos direitos que, pela sua extrema relevância social, são postos fora do poder de disposição de seus titulares*”.³⁴⁶ O que fundamenta a atuação do Ministério Público, nessas hipóteses, é a indisponibilidade dos direitos envolvidos em lide.

No Estado de São Paulo a lei complementar nº 734, de 26 de novembro de 1993, estabeleceu normas sobre o processamento da atuação do representante do MP nas ações civis públicas. No artigo 105 define o inquérito civil como procedimento investigatório de natureza inquisitorial, a ser disciplinado por Ato do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, por iniciativa do Procurador-Geral de Justiça. No mesmo sentido de disciplinar o procedimento administrativo do inquérito civil, e, garantindo a efetivação do princípio do contraditório, esta lei disciplinou que da instauração do inquérito civil caberá recurso do interessado ao Conselho Superior do Ministério Público, no prazo de cinco dias a fluir da data em que o indiciado for cientificado do ato impugnado. Deve-se ressaltar que a lei em comentário concedeu, a este recurso, efeito suspensivo. Detalhe interessante é que, na hipótese de arquivamento do inquérito civil, o MP somente poderá proceder com novas investigações baseado em outras provas diversas das utilizadas no procedimento arquivado. Esta lei complementar nº 734, de 26 de novembro de 1993, de São Paulo, sofreu algumas restrições suspensivas, liminarmente, em ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, na qual o relator, Ministro Moreira Alves, acompanhado pela maioria de seus pares, suspendeu algumas expressões de alguns artigos, sem, todavia, influir no processamento do inquérito civil.³⁴⁷

³⁴⁶ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do ministério público no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 112.

³⁴⁷ Ação Direta de Inconstitucionalidade (Med.Liminar) - Número: 1285.1 - Origem: São Paulo - Relator: Ministro Moreira Alves - Requerente: Procurador-Geral da República - Requerido: Governador do Estado de São Paulo, Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo – Ementa: “*Dispositivo legal questionado: - Artigo 105, artigo 108, “caput” e parágrafo 001º; artigo 111, inciso 00V do artigo 116, inciso 00X do artigo 116 (só a remissão ao inciso 00V do mesmo artigo), parágrafo 002º do*

A civil pública admite como legitimados no pólo ativo outras instituições distintas da do Ministério Público, tais como: pessoas jurídicas de direito público interno e associações civis. Mas somente o Ministério Público detém a prerrogativa de instaurar e presidir o inquérito civil. A finalidade deste distingue-se da do penal na medida em que este visa a instauração de ação penal e aquele de ação civil, como decorrência da investigação de fatos relevantes para a atuação do Ministério Público na área cível, mas ambos consistem em

artigo 299 , todos da Lei Complementar nº 734 , de 26 de novembro de 1993 , do Estado de São Paulo. Art. 105 - O inquérito civil , procedimento investigatório de natureza inquisitorial, será disciplinado por Ato do órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, por iniciativa do Procurador-Geral de Justiça, obedecendo o disposto nesta Seção . (...) c) Deputado Estadual ; d) Membro do Ministério Público ; e) Membro do Poder Judiciário; f) Conselheiro do Tribunal de Contas . 00X - exercer as atribuições do Ministério Público nos processos referidos neste artigo e seus incidentes , bem como nos casos previstos nos incisos 00I , 0IV , 00V , 0VI e VII , quando a ação tiver sido proposta por terceiros . Art. 108 - Da instauração do inquérito civil , caberá recurso do interessado ao Conselho Superior do Ministério Público , com efeito suspensivo. § 001 ° - O prazo de interposição dos recursos será de 005 (cinco) dias a contar da ciência do ato impugnado. Art. 111 - Depois de homologada, pelo Conselho Superior do Ministério Público, a promoção de arquivamento do inquérito civil ou das peças de informação, o órgão do Ministério Público somente poderá proceder a novas investigações se de outras provas tiver notícias. Art. 116 - Além de outras previstas em normas constitucionais ou legais, são atribuições processuais do Procurador-Geral de Justiça: (...) 00V - promover o inquérito civil e a ação civil pública para a defesa do patrimônio público e social , bem como da probidade e legalidade administrativas , quando a responsabilidade for decorrente de ato praticado , em razão de suas funções , por : a) Secretário de Estado; b) membro da Diretoria ou do Conselho de Administração de Entidade da Administração Indireta do Estado; c) Deputado Estadual; d) Membro do Ministério Público; e) Membro do Poder Judiciário; f) Conselheiro do Tribunal de Contas. 00X - exercer as atribuições do Ministério Público nos processos referidos neste artigo e seus incidentes , bem como nos casos previstos nos incisos 00I , 0IV , 00V , 0VI , e VII , quando a ação tiver sido proposta por terceiros. Art. 299 - Ficam criados na Parte Permanente do Quadro do Ministério Público do Estado: 00I - 007 (sete) cargos de promotor de Justiça , classificados em entrância especial , referência 0VI , com a denominação de 001 ° a 007 ° Promotor de Justiça da Cidadania , com as atribuições do inciso 0IX , do art. 295 , desta lei complementar; 00I - 003 (três) cargos de Promotor de Justiça , classificados em entrância especial , referência 0VI , com a denominação de 001 ° a 003 ° Promotor de Justiça de Habitação e Urbanismo , com as atribuições do inciso 00X , do artigo 295 , desta lei complementar. § 002 ° - Quando do provimento dos cargos referidos nos incisos 00I e 00II , deste artigo assegurar-se-á preferência , no concurso de promoção ou de remoção , aos Promotores de Justiça que , á época , exerçam as funções a eles atribuídas por esta lei complementar . FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL: - Artigo 005 ° , "caput" e inciso LIII. - Artigo 022 , 00I . - Artigo 037 . - Artigo 061 , § 001 ° , 00II , "d" . - Artigo 093 , 00II . - Artigo 127 , § 001 ° . - Artigo 128 , § 005 ° , 00I , "b" . - Artigo 129 , § 004 ° , c/c art. 093 , 00II . DECISÃO: Por votação UNÂNIME , o Tribunal DEFERIU o pedido de medida liminar com efeito "ex nunc" e suspendeu , até a decisão final da ação , a eficácia da expressão " de promoção ou " , constante do § 002 ° do art. 299 da LC nº 734 , de 26.11.93 , do Estado de São Paulo , e , por maioria de votos , o Tribunal também deferiu com efeito "ex nunc" e suspendeu , até decisão final da ação , a eficácia da expressão " e a ação civil pública" , constante do inciso 00V do art. 116 da mesma lei complementar (nº 734 - 93) , vencido , nesta parte , o Ministro Marco Aurélio que indeferia o pedido de medida liminar . O Tribunal , por votação unânime, indeferiu o pedido de medida liminar com relação aos demais preceitos impugnados . Votou o Presidente . Ausentes, ocasionalmente, os Ministros Maurício Corrêa e Sepúlveda Pertence, Presidente. Presidiu o julgamento o Ministro Celso de Mello (art. 037 , 00I do RISTF). - Plenário, 25.10..95. RESULTADO DA LIMINAR: Aguardando Julgamento. RESULTADO DO JULGAMENTO DO MÉRITO: Aguardando Julgamento”.

atividades administrativas: uma sob o encargo da polícia judiciária; outra sob a presidência exclusiva do Ministério Público.³⁴⁸

3.3- O inquérito judicial trabalhista.

O inquérito trabalhista é processado perante o juiz do trabalho e gira em torno da verificação da estabilidade do trabalhador relacionada com a averiguação do cometimento de falta grave. As faltas que dão ensejo a justas causas subdividem-se em: *veniais, ou leves*, caracterizando-se em infrações primárias de pequeno potencial ofensivo, acontecendo de maneira isolada na vida funcional do trabalhador; *falta rescisiva*, aquelas que justificam a rescisão do contrato de trabalho sem ônus para o empregador; e *falta grave*, que revelam uma gradação mais acentuada de gravidade funcional.³⁴⁹

As controvérsias acerca da estabilidade do trabalhador podem ser de iniciativa do empregado ou do empregador. Quando tal iniciativa advém do empregado ele tencionará a demonstração de falta grave cometida pelo empregador e seguirá o rito processual ordinário, devendo a interposição do procedimento judicial efetuar-se no prazo de dois anos. Quando, porém, partir do empregador obedecerá a um rito especial e denominar-se-á de **inquérito judicial**, devendo ser interposto no prazo de trinta dias contados da data da suspensão do trabalhador.³⁵⁰ O procedimento judicial do inquérito trabalhista, assim, processa-se perante uma vara do trabalho. Trata-se, contudo, de procedimento administrativo, cuja relevância acarretou o fato de se outorgar a sua atribuição para um órgão da Jurisdição. O fato de ser processado perante órgão jurisdicional não lhe retira, todavia, a natureza jurídica de típico procedimento administrativo.

³⁴⁸ MAZILLI, op. cit. p. 40, onde o autor detalha a finalidade do inquérito civil nos seguintes termos: *“Inovando no direito brasileiro, os arts. 8º e 9º da Lei da Ação Civil Pública instituíram, pois, o inquérito civil como procedimento de investigação de caráter administrativo, presidido pelo Ministério Público, que se destina a servir-lhe para a coleta de elementos de convicção que lhe permitam identificar ou não a hipótese de propor a ação civil pública”*.

³⁴⁹ GOMES, Orlando. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 449. Sobre a classificação das faltas disciplinares cometidas por servidores públicos, veja-se o item 7.2.

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 446-7.

Algumas características revelam a essência deste instituto: ocorrerá quando o empregador acusar o empregado de cometimento de alguma falta grave; haverá a suspensão do trabalhador de suas funções; o empregador deve apresentar petição escrita à vara trabalhista competente, no prazo de trinta dias, que flui a partir da data da suspensão do trabalhador – este prazo de acordo com a súmula 403 do STF é decadencial: “*é de decadência o prazo de trinta dias para instauração do inquérito judicial, a contar da suspensão, por falta grave, de empregado estável*”; a procedência do inquérito acarreta a despedida do empregado por justa causa, na hipótese de comprovação da acusação; a decisão judicial³⁵¹ do inquérito administrativo trabalhista é passível de recurso; a reforma da sentença traz a consequência da reintegração do trabalhador; a reintegração, por sua vez, acarreta o pagamento de todos direitos que o empregado faria jus caso estivesse no exercício da função; o ônus do fato constitutivo do direito do autor traduz-se na comprovação da alegada falta grave; o pagamento dos encargos processuais referentes às custas e demais despesas, sempre, do patrão independentemente do resultado da demanda. Em certas hipóteses um fato ocorrido no âmbito de relação trabalhista coincide com fato típico descrito na lei penal, podendo, pois, ensejar a instauração de dois inquéritos. E o Supremo Tribunal Federal entende que se a conduta descrita como falta grave corresponder, ao menos em tese, à correlata figura penal, não terá cabimento o *habeas corpus* para o trancamento da ação penal.³⁵²

Em conclusão, observamos que a finalidade do inquérito judicial trabalhista assemelha-se ao processo administrativo disciplinar, quando o objeto deste for a apuração de infração disciplinar punível com pena de demissão. Aquele tramitando sob a presidência de um juiz, este, porém, presidido por uma autoridade administrativa. Com o inquérito civil, em nada se aproxima, já que este, cuja presidência é detida pelo Ministério Público, destina-se a apurar condutas nocivas ao meio ambiente, dentre outras hipóteses já aventadas. Talvez uma

³⁵¹ Embora se trate de atividade administrativa.

³⁵² Vejamos: número do processo: RHC67536. Classe: RHC - recurso de habeas corpus. Origem: MS - Mato Grosso do Sul. Relator: Min:152 - Ministro Célio Borja. Julgamento: 1989/06/28. Sessão: TP - Tribunal Pleno. Publicações: DJ data-25-08-89, pg-13556. Ementário do STF - vol-01552-01 - pg-00172. Observação: votação: unânime. Resultado: veja RHC - 56019. Prv 14pp. Ano:89 - aud:25-08-89. Ementa: “*habeas corpus. I. Competência: se um dos pacientes e deputado federal, a competência para processar e julgar o 'writ' cabe, originariamente, ao supremo tribunal federal. Recebimento do recurso como pedido de habeas corpus originário, anulando-se a sentença de 1. Grau e o acórdão recorrido. Ii. Mérito: ação imputada aos pacientes que corresponde em tese ao delito capitulado no art. 334 do código penal. Ausência de justa causa indemonstrada. Impossibilidade de trancamento, desde logo, do inquérito policial.*”

semelhança entre estes dois inquéritos resida no fato de ambos admitirem o contraditório, que, por sua vez, inexistente no penal.³⁵³ Com o inquérito policial, o inquérito trabalhista não se confunde. Pode, todavia, coincidir que uma infração cometida por um trabalhador seja, ao mesmo tempo enquadrada como falta grave celetista e, também, como crime – como dito acima. Nesses casos, os autos do inquérito trabalhista devem ser remetidos para o Ministério Público. Este, então, se já detiver elementos suficientes da materialidade e indícios de autoria, deverá oferecer denúncia. Mas o representante da instituição ministerial, se não estiver plenamente convencido desses requisitos, poderá requerer a instauração de inquérito policial, ante as evidências apresentadas no inquérito judicial trabalhista. Certo mesmo, obedecendo à lógica sistemática do ordenamento jurídico, é que havendo o inquérito trabalhista apurado indício de conduta criminoso os seus autos devem ser remetidos, não para a autoridade policial, mas, primordialmente, para o *dominus litis* da ação penal.

Vistos os procedimentos inquisitoriais, passemos agora à verificação do processo administrativo que, por determinação constitucional, detém caráter inquisitorial.

4. Do direito processual administrativo.

O fato de se verificar sempre um necessário *iter* entre a lei e o ato administrativo, ou seja, que a concretização da vontade abstrata da lei somente se opera através de um *procedimento administrativo*, faz denotar que processo, ou procedimento, não é função exclusiva da Jurisdição, sendo perfeitamente delineável nas atividades administrativas e legislativas. Por tudo isso, é mesmo possível falar-se na existência de um direito processual administrativo.³⁵⁴ A autonomia do processo administrativo era já defendida em 1923, quando o jurista

³⁵³ Dissemos *talvez*, porque a Lei da Ação Civil Pública não obriga o representante do Ministério Público presidente do inquérito civil a conceder o contraditório. Por outro lado, a doutrina admite que por liberalidade o presidente do inquérito civil conceda ao investigado o que se denomina de *bilateralidade consentida*. Sobre o assunto veja-se MAZILLI, op. cit. p. 193.

³⁵⁴ BANDEIRA de MELLO, op. cit. p. 276.

austríaco Tezner escreveu a primeira monografia sobre o assunto. Em seguida, já em 1927, Merkel, também austríaco, foi um dos pioneiros a empregar a expressão **processo** para designar o procedimento administrativo. Para este autor todas as funções estatais constituem-se em metas que somente são galgáveis traçando-se determinados caminhos. A lei é a **meta** que desemboca no caminho legislativo e, no mesmo diapasão, os atos administrativos e os judiciais também são **metas** que levam ao procedimento judicial ou administrativo.³⁵⁵

Como vimos no item 01 deste capítulo, é controvertida a questão referente ao surgimento do primeiro código de procedimento, ou processo administrativo. Há forte opinião no sentido de que isso teria ocorrido na Áustria, no ano de 1925. Todavia, Eduardo Garcia de Enterría consigna que na Espanha, já no século passado, mais precisamente no ano de 1889, uma lei espanhola teria disposto sobre o assunto, portanto, precedentemente ao código austríaco.³⁵⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello considera a questão da autonomia do processo administrativo em face da teoria geral do processo como já superada, sobretudo, pelo argumento de que o processo possui nítida finalidade instrumental, no sentido de aplicar o direito material. Este, por sua vez, é aplicado não apenas pelo judiciário, mas também pelas outras funções estatais, como a legislativa e a administrativa. Para este administrativista, na medida em que o Estado moderno ampliou sensivelmente suas prerrogativas de poder, fez-se mister impor para o seu *modus procedendi* uma escrupulosa adstrição ao devido processo legal, como meio de preservar as garantias dos cidadãos perante o próprio Estado.³⁵⁷

Fato é que tanto processo quanto procedimento expressam uma progressão de atos com o escopo de garantir a “justiça” do resultado pretendido pelo ato mesmo, tal como comprova Fancesco Carnelutti. Neste sentido parece-nos lícito falar-se em processo administrativo como uma espécie autônoma do gênero: direito processual. O

³⁵⁵ MERKEL, ap., BANDEIRA de MELLO, op. cit. p. 276-7.

³⁵⁶ GARCIA de ENTERRÍA, ap. BANDEIRA de MELLO, Celso Antônio, op. cit. p. 276-7.

³⁵⁷ Assim: “... a contrapartida do progressivo condicionamento da liberdade individual é o progressivo condicionamento do *modus procedendi* da Administração”. BANDEIRA de MELLO, Celso Antônio, op. cit. p. 276-7.

processo administrativo tem em comum com o processo civil o fato de ambos expressarem a idéia de progressão de atos juridicamente regulados com o objetivo final de garantir um resultado justo. Há, entretanto, de se admitir que no processo administrativo uma das partes (o Estado) superpõe-se à outra (o particular), mas o fato de o Estado está sujeito ao devido processo legal mitiga esta questão em favor do reconhecimento da autonomia do processo administrativo.³⁵⁸

5. Princípios do processo administrativo.

Uma demonstração de autonomia de ramo específico da ciência do direito é a consolidação de uma base principiológica própria. Em relação ao processo administrativo inexistente dúvida na doutrina quanto à enumeração de princípios particulares seus. A dúvida pairante é no sentido de saber-se, exatamente, quais são esses princípios.³⁵⁹ Os princípios orientadores do processo administrativo são tanto de índole teórica como lastreados em normas

³⁵⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Principios del proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1971, p. 62. Vejamos o que diz o autor: “*La primera de las dudas suscitadas por esta visión es si se puede hablar de proceso aun fuera del campo de la función jurisdiccional. Una duda debida a la costumbre y, si se quiere a la tradición de nuestro lenguaje, pero fácil de disipar. En efecto, basta recordar aquí, al objeto de excluir toda dificultad a la extensión de tal concepto a la función administrativa, lo que ya se dijo para esclarecer la distinción entre proceso y procedimiento (supra, n. 44); el uno y el outro expresan la idea de una progresión de actos juridicamente regulados al objeto de garantizar la justicia del resultado. No olvidemos, a este respecto, que si bien la relación administrativa (pública, se entiende) se desarrolla de parte a parte, la misma se resuelve en una disparidad de posiciones entre las partes, una de las cuales (la parte pública) está provista de poderes frente a la otra, que está sujeta a ellos (puede pensarse, por ejemplo, en la relación tributaria); ahora bien, aun cuando el carácter público da la pars superior permita no considerar probable el abuso de tal poder, sin embargo es natural que la ley preordene en procedimiento a través del cual el poder debe ser ejercitado. De outro lado, cuando los actos que constituyen tal procedimiento se consideran, en lugar de su desenvolvimiento, en su conjunto, es natural que se hable, lomismo que de proceso jurisdiccional, también de proceso administrativo*”.

³⁵⁹ Como anota Medauar: “*Na doutrina, o rol dos princípios do processo administrativo varia de autor para autor, segundo as concepções de cada um e o teor do direito legislado do respectivo país*”. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 190.

constitucionais, legais e estatutárias. Dentre os princípios que o instruem o mais importante de todos é o do contraditório, sendo salutar ressaltar que os princípios do processo civil são também aplicáveis ao processo administrativo, exceto se houver vedação legal expressa ou incompatibilidade insuperável entre estas duas espécies do direito processual. Além do contraditório, o professor Palhares Moreira Reis defende a aplicação dos princípios constantes do artigo 37 da Constituição Federal ao processo administrativo.³⁶⁰ Pois bem, com base na doutrina brasileira e na Constituição Federal, passaremos a enumerar alguns princípios que consideramos suficientes para demonstrar a existência de uma sólida base garantidora da autonomia dessa disciplina.

Taxado no artigo 5º, LV, o **princípio do contraditório** assume posição destacada, devendo assegurar aos demandados no processo administrativo o direito à contradição de toda e qualquer prova produzida contra a sua pessoa. Tratando-se de prova oral, deve ser facultada a oportunidade de participação com presença efetiva no ato da colheita da prova, salvo a possibilidade de constrangimento para o depoente capaz de fazê-lo omitir algum fato relevante à causa. Tratando-se de prova documental, deve-se permitir a análise do documento por parte do requerido.³⁶¹ É ocioso dizer que à Administração também deve ser dado o direito à informação plena dos fatos alegados, pois dela partirá sempre a decisão. Outro princípio típico do processo administrativo é o da **ampla**

³⁶⁰ “O art. 37 do texto constitucional em vigor tem como destinatários a Administração Pública direta, bem como todos os ramos da Administração indireta, ou seja, as autarquias, as empresas públicas (...) Assim, os princípios citados no caput do artigo – princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, e publicidade – são aplicáveis a todos os órgãos e entidades do Governo...”. MOREIRA REIS. Palhares. *Processo disciplinar*. Recife: Consulex, 1997, p. 22. Aos princípios citados, obviamente, deve-se acrescentar também o da eficiência, que à época da edição desta obra ainda não constava do artigo 37 da Constituição Federal.

³⁶¹ Para Medauar: “Elemento insito à caracterização da processualidade, o contraditório propicia ao sujeito a ciência de dados, fatos, argumentos, documentos, a cujo teor ou interpretação pode reagir, apresentando, por seu lado, outros dados, fatos, argumentos, documentos”. Esta autora desdobra o princípio do contraditório em: *informação geral*, ou seja, que a Administração possa ter conhecimento dos fatos embaixadores do processo, bem como dos demais documentos e provas; *ouvida dos sujeitos ou audiência das partes*, traduzindo-se na efetivação da oportunidade para se expor o próprio ponto de vista sobre os fatos; *motivação*, pelo que deve a Administração demonstrar que analisou as alegações dos sujeitos envolvidos, aplicando-se o dever genérico de motivação dos atos administrativos, pois: “... além disso, propicia reforço da transparência administrativa e do respeito à legalidade e também facilita o controle sobre as decisões tomadas”. MEDAUAR, op. cit. p. 191-2.

defesa, que apesar de muito próximo do anterior, com ele não se confunde.³⁶² Uma coisa é o direito a se defender, outra é o direito de se insurgir contra uma decisão já tomada manejando-se todos os recursos cabíveis.³⁶³ O **princípio da legalidade objetiva**, que impõe às autoridades administrativas processantes o dever de observar o procedimento do processo administrativo em conformidade com o determinado em lei.³⁶⁴ O **princípio da oficialidade**, sem deixar de admitir a possibilidade de instauração de demanda administrativa por provocação do particular ou do funcionário, orienta no sentido de que compete à Administração a prerrogativa e o dever de movimentar o processo.³⁶⁵ A Administração Pública tem

³⁶² Na doutrina, encontramos Odete Medauar distinguindo o princípio do contraditório do da ampla defesa (vide MEDAUAR, op. cit. p. 192). Porém, outros autores inserem este último como sendo uma particularidade do anterior: “... o princípio da garantia de defesa, entre nós, está assegurado no inc. LV do art. 5º da CF, juntamente com a obrigatoriedade do contraditório, como decorrência do devido processo legal (CF, art. LIV), que tem origem no due process of law do Direito anglo-norte-americano”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 588. Já Diógenes Gasparini, adota a classificação proposta por Hely Lopes Meirelles, porém, sem arrolar o contraditório como princípio explícito do processo administrativo. GASPARINI, Diógenes. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 559-60.

³⁶³ Medauar desdobra o princípio da ampla defesa em: *caráter prévio da defesa; direito de interpor recurso administrativo; direito de apresentação de defesa técnica através de advogado*; desdobramentos ligados à conotação da informação “... decorrente do contraditório e tangenciando desdobramentos deste princípio, apresentando-se outros elementos da ampla defesa...”; o direito de produzir provas. MEDAUAR, op. cit. p. 193-4.

³⁶⁴ Segundo Hely Lopes esse princípio: “... visa manter o império da legalidade e da justiça no funcionamento da Administração”. MEIRELLES, op. cit. p. 586. Medauar não eleva a legalidade objetiva à categoria de princípio. MEDAUAR, op. cit. p. 190-06. Diferentemente de Gasparini, que seguindo Hely Lopes Meirelles, diz: “Tal princípio só permite a instauração do processo administrativo com base na lei e para preservá-la”. GASPARINI, op. p. 559.

³⁶⁵ GASPARINI, op. cit. p. 559. Hely Lopes Meirelles observa que a Administrativo tem verdadeiro dever de movimentar o processo administrativo impedindo o seu retardamento: “Se a Administração o retarda, ou dele se desinteressa, infringe o princípio da oficialidade e seus agentes podem ser responsabilizados pela omissão”. MEIRELLES, op. cit. p. 586. Medauar detalha alguns fracionamentos desse princípio: “a) A atuação da Administração no processo tem caráter abrangente, não se limitando aos aspectos suscitados pelos sujeitos. b) A obtenção de provas e de dados para esclarecimento de fatos e situações deve também ser efetuada de ofício, além do pedido dos sujeitos. c) A inércia dos sujeitos (particulares, servidores e órgãos públicos interessados) não acarreta a paralisação do processo, salvo o caso de providências pedidas pelo particular e que dependem de documentos que deve juntar; em tais casos a Administração deverá conceder prazo para a juntada, encerrando o processo se tal não ocorrer”. MEDAUAR, op. cit. p. 194.

o dever de tomar decisões lastreadas nos fatos, em obséquio à verdade real. É o que determina o **princípio da verdade material**, também nominado de *princípio da liberdade na prova*.³⁶⁶ Por este princípio a Administração pode utilizar-se de quaisquer provas, devendo, todavia, levá-las para os autos.³⁶⁷ Pelo **princípio do informalismo** ou *formalismo moderado* ficam dispensados os rigores da forma exterior dos atos processuais, não se chegando, entretanto, a se ultrapassar a segurança jurídica. Além disso, manda que a interpretação processual-administrativa obedeça sempre a espírito de benignidade a favorecer o administrado de modo a se aproveitar recursos e defesas mesmo que não observem as qualificações formais.³⁶⁸ Além de tudo isso, deve-se proporcionar aos interessados o acesso ao processo administrativo, mediante a comprovação de um interesse jurídico individual ou coletivo a fim de se proporcionar o exercício do direito à informação, noutras palavras, o processo administrativo dever ser, ainda, guiado pelo **princípio da publicidade**.³⁶⁹

6. Processo, procedimento administrativo e o ato administrativo complexo.

³⁶⁶ MEDAUAR, *ibidem*, p. 195.

³⁶⁷ MEIRELLES, Hley Lopes, *op. cit.* p. 587. Gasparini não aponta a verdade material como princípio do processo administrativo. GASPARINI, *op. cit.* p. 559-60.

³⁶⁸ MEIRELLES, Hley Lopes, *op. cit.* p. 587. Diógenes Gasparini ainda anota: “*Em razão desse princípio dispensam-se ritos rigorosos e formas solenes para o processo administrativo*”. GASPARINI, *op. cit.* p. 559. Note-se que não se dispensam as formas pura e simplesmente, tanto que Odete Medauar, demonstrando essa preocupação, intitula esse princípio com a denominação de *princípio do formalismo moderado*, no que tem inteira razão: “*Na verdade, o princípio do formalismo moderado consiste, em primeiro lugar, na previsão de ritos e formas simples, suficientes para propiciar um grau de certeza, segurança, respeito aos direitos dos sujeitos, contraditório e a ampla defesa. Em segundo lugar, se traduz na exigência de interpretação flexível e razoável quanto a formas, para evitar que essas sejam vistas como fim em si mesmas, desligadas das verdadeiras finalidades do processo*”. MEDAUAR, *op. cit.* p. 195.

³⁶⁹ GASPARINI, *op. cit.* p. 560, onde o autor, citando Maria Sylvia Zanella Di Pietro, registra: “*Salvo se o interesse público exigir o sigilo, o processo administrativo deve ser instaurado e se desenrolar com o estrito atendimento do princípio da publicidade*”. E quanto ao acesso dos interessados, consigna: “*Esse acesso significa poder examinar e fazer anotações do que entender de seu interesse, poder requerer certidões das peças que desejar. Esse direito só encontra óbices nas razões de segurança da sociedade e do Estado e na defesa da intimidade ou do interesse social, conforme prevêem, respectivamente, os incs. XXXIII e LX do art. 5º da Constituição Federal*”.

Considerado pela doutrina administrativista como um dos temas mais importantes do direito administrativo, o procedimento administrativo tem o escopo de resguardar as garantias individuais dos administrados perante o poder de império do Estado. A expressão *procedimento administrativo* designa uma sucessão ordenada de atos administrativos. Estes atos devem verificar-se de forma interdependente e conectada com vista ao ato final decisório. Cada ato, todavia, apesar de se concretizar na seara de um único conjunto, nada obstante isto, cada qual, *de per se*, possui uma autonomia relativa.³⁷⁰

A autonomia relativa dos atos integrantes do ato complexo refere-se à identidade jurídica de cada ato, todavia, apesar disso, todos eles enquadram-se no conjunto como um elemento integrante do todo que objetiva um resultado final único.³⁷¹ Os atos administrativos integrantes do procedimento administrativo não podem ser confundidos com o ato administrativo complexo. Para se caracterizar o ato administrativo como complexo é mister que existam manifestações de vontade emanadas de mais de um, e diferente, órgão administrativo. Ocorre que tais declarações administrativas de vontade irão, aqui, unir-se para conformar um único ato: o ato administrativo complexo. Nele, cada ato, isoladamente considerado, possui dupla finalidade: uma, específica e relativa à concretização isolada do ato; outra, referente à generalidade de todo o conjunto. Como exemplo de ato administrativo complexo, Hely Lopes Meirelles cita a investidura de um funcionário que, nomeado pelo chefe do executivo, é empossado pelo chefe da repartição na qual irá atuar. Como exemplo de procedimento administrativo, o mesmo autor nos oferece o caso da concorrência pública porque apesar de existirem vários atos, todos eles – autônomos - são praticados por um único órgão. É ainda importante não confundir os conceitos de ato complexo com o de

³⁷⁰ BANDEIRA DE MELLO, op. cit. p. 269-70.

³⁷¹ Veja-se que Hely Lopes Meirelles não exalta tal relatividade de autonomia dos atos conformadores do procedimento administrativo: “... no procedimento administrativo praticam-se diversos atos intermediários e autônomos para a obtenção de um ato final e principal”. MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit. p. 154.

ato composto. Este, apesar de depender da verificação de órgão distinto, resulta, na verdade, da vontade de um único órgão.³⁷²

Certo é que ato administrativo complexo, procedimento administrativo e processo administrativo são institutos distintos. Em Lafayette Ponde encontramos uma clara distinção entre ato complexo e processo administrativo: ato complexo é aquele no qual *“cada um deles é um ato único, indivisível, embora na sua formação se destaquem os seus momentos estruturais, um dos quais faltando ele não existe”*, ao passo que o processo é uma *“seriação de atos, cada qual de uma categoria jurídica. O defeito ou a falta de um ou mais deles não obstam a sua existência, ainda que o possam viciar”*.³⁷³ No exercício da função Administrativa o administrador tem de atuar em conformidade com a Constituição, conferindo aos administrados a garantia do devido processo legal, tanto em relação ao ato complexo quanto em adstrição ao procedimento e, principalmente, ao processo. E a jurisprudência tem decidido que a inobservância das formalidades na concretização das fases do ato administrativo complexo acarreta-lhe a nulidade, por inobservância do devido processo legal.³⁷⁴

³⁷² Ibidem, p. 155.

³⁷³ Ap. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. Max Limonad. São Paulo, 1998, p. 45, nota de rodapé nº 90.

³⁷⁴ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - Msg - Mandado de Segurança - Número: 0003995 Ano: 94 Uf:Df - Distrito Federal - Reg.int.proces.: 78.920 msg0003995 - Decisão: 27.06.95 órgão julg.: 10 - conselho especial - Relator: Desembargador Natanael Caetano - Publicação: djdf data: 11.10.95 pág.: 14.880 - Decisão: Afastar preliminar de prejudicialidade do pedido e a sustação de diligência arguídas durante o julgamento, por maioria de votos no mérito, à unanimidade, conceder-se a segurança, tudo na conformidade das notas taquigráficas. Ementa: *“Mandado de segurança - provimento de vaga no T. C. D. F. - ato complexo - nulidade anterior à nomeação. Concessão. Tratando-se de ato administrativo complexo o provimento de vaga no Tribunal de Contas do Distrito Federal, todas as fases do ato hão de se processar com observância das formalidades legais específicas. Assim, se postergadas tais formalidades na fase de escolha e indicação do nome, inobservando-se as exigências quanto à formação intelectual específica e a regular submissão do nome do candidato aos órgãos competentes da Câmara Legislativa, com o atropelamento do devido processo, a nulidade que tal fase vicia, alcança, por inteiro, o ato complexo, aí se incluindo a nomeação e a posse. Se procedimento como aqueles são adotados de modo que impeçam a apreciação de outro nome, igualmente interessado no cargo a prover, ocorre ofensa ao direito líquido e certo deste de ter o seu nome avaliado em regular processo. Nulo o ato complexo, concede-se a segurança àquele que, legitimamente, contra ele se insurge, para que o ato se repita sem os vícios que o tornaram imprestável”*.

Há quem defenda que o processo administrativo consiste no próprio processo no âmbito da Administração, ou seja, no conjunto sistemático de atos praticados pelos órgãos administrativos objetivando a aplicação do direito material administrativo. Com efeito, o processo administrativo é, na verdade, uma espécie do gênero processo quedando-se ao lado das demais ramas processuais como o processo civil, processo penal, processo trabalhista, etc.³⁷⁵ A doutrina tradicional sempre entendeu que ‘processo’, por derivar da forma latina *processum*, do verbo *proceder*, corresponde ao conceito de ir para diante, caminhar para a frente ou marchar para a frente. A expressão ‘procedimento’, por sua vez, também encontra sua progênie no vernáculo latino, derivando de *procédere* que significa avançar. Esta palavra, entretanto, é formada pela junção de *pro* e *cédere* que designa, esta última, *marchar*, caminhar tanto para frente quanto para trás podendo, inclusive, significar retroceder. Mas a junção do pré-verbo *pro* com o verbo *cédere* significará sempre andar para frente. A palavra procedimento é bem mais recente que o vocábulo processo e indica o modo de mover e a forma pela qual é movido o ato.³⁷⁶

Em decorrência disso a doutrina tradicional entende que *processo* designa o conjunto ordenado de atos tendentes à obtenção de uma sentença de mérito, ao passo que *procedimento* significa a forma através da qual os atos processuais materializam-se. Em sentido contrário, Cretella Júnior considera ser impossível nos dias atuais identificar, de modo exato, as respectivas realidades designadas pelas expressões processo e procedimento, ao mesmo tempo em que é não é factível denotar qualquer diferença entre ambos, pelo que considera absolutamente criticável a orientação de que processo designa o movimento em sua forma intrínseca e procedimento o modo e a forma de mover o ato. Para ele o processo representa a entidade que, em essência e natureza, nada difere da que designa a expressão procedimento, donde se verifica que o possível atraso causado à

³⁷⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática do processo administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 15-6 e 26.

³⁷⁶ *Ibidem*, p. 17-9.

ciência processual não decorre, como asseverou Bülow, da confusão que se fazia do significado destas duas expressões.³⁷⁷

Fundamentando suas assertivas Cretella arrima-se em Alcalá-Zamora y Castillo, para afirmar que processo é a própria jurisdição em movimento e sua definição deve ser sempre de índole ideológica ao passo que no procedimento ela é formal e tanto que ora se observa a existência de espécies distintas de processos com o mesmo procedimento, bem como se vê que existem procedimentos distintos para um mesmo processo. Por esta razão processo é o todo e procedimento é apenas parte dele.³⁷⁸ Esta idéia de se considerar o processo como a Jurisdição em movimento induz à centralização do conceito principal da ciência processual sobre a Jurisdição, sendo bem mais coerente com a fase de publicização do processo civil em detrimento da antiga idéia de que a ação é que devia preencher tal espaço. Mas, a idéia de sinonimizar processo e procedimento deve ser vista com cuidados para que não se incida numa visão processual reducionista, tal como a de origem francesa, que, aliás, não evoluiu.³⁷⁹

Pois bem, centrando-nos sobre o problema da autonomia científica do processo administrativo, temos Merkel, defendendo, já em 1927, a idéia de que o processo não era monopólio da função jurisdicional.³⁸⁰ Há, na verdade, um certo medo dos administrativistas em conceituar o processo administrativo como ramo autônomo do direito processual, por essa razão tendem a nominar: de *contencioso* aquilo que seria o processo administrativo propriamente dito; e de *procedimento* aquilo que seria a simples técnica de funcionamento da máquina administrativa. Segundo Marcelo Caetano a expressão procedimento deveria significar apenas o liame temporal que separa os atos praticados num processo e tendentes à consecução da aplicação do direito material.³⁸¹

³⁷⁷ Ibidem, p. 19.

³⁷⁸ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, ap. CRETILLA, op. cit. p. 19.

³⁷⁹ O desinteresse da doutrina francesa sobre o cientificismo processual civil vem muito bem esclarecida em MARQUES Luiz Guilherme. *O processo civil francês*. www.amepe.com.br/artigo002.html.

³⁸⁰ “A teoria processual tradicional considerava o ‘processo’ como propriedade da Justiça, identificando-o com o procedimento judicial (...) não é sustentável esta redução, porque o ‘processo’, por sua própria natureza pode dar-se em todas as funções estatais...”. MERKEL, ap. BANDEIRA DE MELLO, op. cit. p. 277.

³⁸¹ CAETANO, ap. CRETILLA JÚNIOR, op. cit. p. 20.

Não constitui erro algum se empregar a expressão processo administrativo em detrimento de *procedimento administrativo*, para representar o fenômeno processual no âmbito da Administração, pois, até mesmo nos países adotantes do sistema do contencioso administrativo utiliza-se a expressão *processo administrativo*. Depois, porque esta denominação além de designar a atividade destinada à composição das lides, também designa a atuação dos órgãos estatais tendentes à aplicação do direito material. Esta idéia é defendida por José Frederico Marques, que, porém, não admite que o processo administrativo e o tributário sejam considerados como ramos autônomos do direito processual, pois tais categorias já estariam abrangidas pelo processo civil comum.³⁸² Tal idéia, porém, não mais subsiste ante o todo o desenvolvimento doutrinário que se firmou sobre a autonomia do processo administrativo.

Aquela timidez aventada acima por Caetano, verifica-se na doutrina nacional na voz de Celso Antônio Bandeira de Mello, que apesar de considerar válida a adoção da expressão processo administrativo, continua utilizando-se de *procedimento administrativo* cedendo à tradição nacional.³⁸³ A nós nos parece mais bem adequada a expressão processo administrativo para denominar o fenômeno processual na seara da Administração, mesmo que algumas particularidades estejam a demonstrar que a relação jurídica processual nele desenvolvida agride a alguns princípios processuais, como o da isonomia, por exemplo, fato que nos leva a conceituar a relação processual administrativa como: *atípica*, posto que o Estado nela se presenteia tanto como parte quanto como jurisdição.

7. Classificação do processo administrativo.

³⁸² Como vimos no item 19 do capítulo 03, este autor somente admite a autonomia do processo administrativo nos sistemas regidos pelo contencioso administrativo. Os processos administrativo e tributário enquadrar-se-iam no âmbito do processo civil comum. MARQUES, José Frederico. Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 1. reedição. Vol. I. p. 20-27.

³⁸³ “Sem embargo, embora reputemos largamente preferível a expressão ‘processo administrativo’, tanto por ser a correta – pois batiza o mesmo fenômeno ocorrente na esfera legislativa e judicial, guardadas as peculiaridades e força jurídica específicas de cada qual – seguimos adotando a expressão *procedimento*. Fazemo-lo apenas por já estar enraizada entre nós”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 279.

A doutrina também não é uniforme na classificação do processo administrativo. Cretella oferece-nos uma *classificação* do processo administrativo, relativa aos aspectos seguintes. *Quanto ao raio de ação* – considera-se aqui o âmbito de desenvolvimento e classifica-se em externo e interno. Processo administrativo externo é o conjunto de trâmites e formalidades ordenados a que deve ajustar-se a Administração nas relações mantidas com os particulares não funcionários, devendo ser citados para comparecerem perante a comissão processante a fim de se defender. Processo administrativo interno é aquele desenvolvido na circunscrição de um único ente mediante a cooperação de seus órgãos, sem a intervenção de particulares ou de administrados, a relação processual administrativa dá-se apenas entre a Administração e o funcionário processado. *Quanto ao objeto* – trata-se de espécie de processo administrativo interno e subdivide-se em: disciplinar – na hipótese da verificação de uma falta grave com conseqüente dever para a Administração de aplicar uma pena disciplinar em decorrência de ato praticado contra a hierarquia administrativa, podendo inclusive acarretar a extinção do vínculo entre o Estado e o funcionário;³⁸⁴ processo administrativo penal ou criminal – pressupõe o cometimento de crime contra a Administração, devendo a conduta ser previamente considerada pelo código penal como criminosa e por esta razão a autoridade administrativa que determinou a instauração do processo administrativo requererá também a abertura de inquérito policial contra o funcionário.³⁸⁵ *Quanto ao desfecho* – será condenatório

³⁸⁴ Dissertando sobre o assunto, Gasparini detalha o objeto do processo administrativo disciplinar: “... é sempre a apuração das infrações e a aplicação das penas correspondentes aos servidores da Administração Pública, seus autores. Isso não significa que sempre há de haver uma apenação. Com efeito, pode-se chegar ao fim da instrução sem se saber o autor da infração, ou propugnando pela inocência do acusado. De outro lado, sua finalidade é o controle da conduta dos servidores públicos”. GASPARINI, Diógenes, op. cit. p. 572-3.

³⁸⁵ Sobre isto o professor Palhares Moreira Reis acrescenta que “Havendo violação de preceitos legais por qualquer servidor, usuário, permissionário ou concessionário de serviços públicos, é dever de ofício da autoridade que dela conhecer, tomar as providências para a apuração de fato eventualmente causador de dano à coisa pública, ou a terceiro, de modo a que se tenha a certeza com relação à falta,

quando a Administração apurar a existência de conduta considerada como falta cometida contra ela, nesse caso a autoridade competente editará ato contendo a sanção estatal contra o administrado; absolutório quando se verificar a inexistência de conduta punível acarretando a absolvição do administrado. *Quanto à juridicidade* – pode ser contencioso quando se considerar apenas a atividade processante da Administração, não se trata de qualquer menção ao sistema do contencioso administrativo, mas tão somente quanto ao modo de atuação estatal na seara processual administrativa; gracioso quando as operações processuais administrativas circunscreverem-se a exames referentes a interesses dos administrados. *Quanto à forma* – poderá ser sumário ou sindicância quando não estiver individuada a irregularidade ou não indicado o seu autor; integral quando preenche todas as suas fases e colima na instância conclusiva.³⁸⁶

7.1. O processo administrativo disciplinar.

Hierarquia quer dizer escalonamento ou superposição de muitos graus, sendo, entretanto, oportuno salientar que o poder hierárquico existirá mesmo quando houver

ao dano e ao culpado, e bem assim justiça na aplicação da sanção, inclusive a disciplinar, e no seu eventual desdobramento em termos de responsabilidade civil e penal”. MOREIRA REIS. Palhares. Processo disciplinar. Recife: Consulex, 1997, p. 24.

³⁸⁶ CRETILLA JÚNIOR, op. cit. p. 45-9. Odete Medauar, partindo da construção doutrinária de Hely Lopes Meirelles, Sérgio de Andréa Ferreira e Ana Lúcia Berbet Fontes, fala numa tipologia do processo administrativo, envolvendo: “a) Processos administrativos em que há controvérsias, conflito de interesses; a.1) Processos administrativos de gestão; exemplo: licitações, concursos públicos, concurso de acesso ou promoção. a.2) Processos administrativos de outorga; exemplo: licenciamentos de atividades e exercícios de direitos, licenciamento ambiental, registro de marcas e patentes, isenção condicionada de tributos; a.3) Processos administrativos de verificação ou determinação; exemplo: prestação de contas; a.4) Processo administrativo de revisão; exemplo: recursos administrativos, reclamações, impugnação de lançamento; b) Processos administrativos em que há acusados; tais processos denominam-se processos sancionadores ou punitivos: b.1) Internos – são os processos disciplinares em que são indicados servidores, alunos de escolas públicas. b.2) Externos – que visam a apurar infrações, desatendimento de normas e a aplicar sanções sobre administrados que não integram a organização administrativa; exemplo: infrações decorrentes do poder de polícia, infrações relativas à administração fiscal, aplicação de penalidades a particulares que celebram contrato com a Administração, inclusive concessionários, apuração de infrações contra a ordem econômica (lei 8.884/94, arts. 30-51). MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 196.

apenas um único estágio de agentes. A disciplina decorre da existência da hierarquia. Existem mesmo alguns autores que chegam a falar na autonomia do direito disciplinar, todavia, essa hipertrofia da “disciplina” parece não ter logrado ainda os méritos necessários para a obtenção do status de ciência autônoma. A origem e a razão do poder disciplinar está no interesse e na necessidade de aperfeiçoamento constante do serviço administrativo.³⁸⁷

O processo administrativo disciplinar, pois, decorre do exercício do poder disciplinar, que na conceituação de Hely Lopes Meirelles, “... *é a faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração*”.³⁸⁸ Vê-se logo que o processo administrativo disciplinar não se queda restrito aos servidores públicos. Romeu Felipe Bacelar Filho, por exemplo, refere-se ao ‘Direito Disciplinar’ para designar a atuação da Administração quando vislumbra impor modelos de conduta e suas respectivas sanções. Alerta que o processo disciplinar não é praxe exclusiva a ser utilizada contra os servidores públicos, sendo ele também extensível às pessoas físicas não vinculadas à Administração e também às pessoas jurídicas de que de alguma forma incidam em condutas administrativamente reprováveis.³⁸⁹

O processo administrativo disciplinar objetiva a tutela da hierarquia, pressupõe, portanto, sua quebra e consiste: “... *no conjunto ordenado de formalidades a que a Administração submete o servidor público (ou o universitário) que cometeu falta grave atentatória à hierarquia administrativa*”.³⁹⁰ Mas nem todas as faltas exigem a instauração de processo administrativo disciplinar, as faltas de menor potencial ofensivo, por exemplo, podem ser apuradas e punidas através de processo administrativo sumário – sindicância. Doutro turno, o processo administrativo disciplinar também não se destina à apuração de

³⁸⁷ CRETILLA JÚNIOR, op. cit. p. 62.

³⁸⁸ MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit. p. 594, onde o autor acrescenta que: “*O processo administrativo disciplinar é sempre necessário para a imposição de pena de demissão ao funcionário estável (CF, art. 41, § 1º), tendo a jurisprudência entendido que também o é para o efetivo, ainda que em estágio probatório*”. O conceito de Hely Lopes Meirelles é acolhido por BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, op. cit. p. 31. Wolgran Junqueira Ferreira define-o como: “*O processo administrativo disciplinar trata, essencialmente, da ordenação dos atos e dos termos necessários à caracterização de autos típicos para a desenvoltura da instrução probatória e outros, ulteriores, típicos do julgamento ou pertinentes à fase recursal*”. p. 153. FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Comentários ao regime dos servidores públicos civis da União (Estatuto dos funcionários públicos)*. 4. ed. Bauru: Edipro, 1994, p. 153.

³⁸⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, op. p. 30.

³⁹⁰ CRETILLA JÚNIOR, op. cit. p. 64-5.

fatos capitulados na lei penal como criminosos, objetiva tão somente a apuração do *ilícito administrativo*, para a apuração administrativa de crimes existe o processo administrativo criminal.

7.1.2. Processo administrativo disciplinar e o problema da prescrição: aplicação dos prazos do código penal e o aumento do lapso temporal.

Os delitos administrativos prescrevem, via de regra, em prazo inferior ao das infrações penais, posto que consoante o artigo 142 da lei nº 8.112/90, o prazo prescricional máximo que um ilícito administrativo pode alcançar é de cinco anos se for punível com pena de demissão, cassação de aposentadoria, disponibilidade ou destituição de cargo comissionado. Se a infração for punível com pena de suspensão prescreve em dois anos, e se com advertência em cento e oitenta dias. O § 1º deste mesmo artigo arremata que o prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido. Mas, bastante peculiar é o problema da prescrição de ilícito administrativo, quando a sua figura típica coincide com a de um delito penal, cujos lapsos temporais são bem mais longos, aumentando a possibilidade de punição. O § 2º do artigo 142 da lei 8.112/90 diz que “*os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime*”.³⁹¹

**Pois bem, o inciso IV do artigo 107 do código penal prevê a
prescrição como uma das causas de extinção da punibilidade e, de acordo
com o seu artigo 109, a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença**

³⁹¹ Comentando o dispositivo estatutário, Wolgran Junqueira Ferreira anota: “*A contagem de tempo para a prescrição da pena disciplinar segue os mesmos princípios estabelecidos pelos arts. 109 a 119 do Código Penal. Dois aspectos concernentes à prescrição são de suma importância. Trata-se da prescrição in abstracto e da prescrição in concreto. A prescrição in abstracto é aquela prevista pelo artigo 142, mas ela é de ser contada a partir do conhecimento pela Administração da falta disciplinar como também do momento em que a pena é aplicada. Entre o momento em que o fato punível chega ao conhecimento da Administração e o tempo que medeia o término do processo disciplinar é um prazo em que pode ocorrer a prescrição, como também ela ocorre a partir do momento em que a pena é aplicada até o término do prazo final da pena aplicada e não cumprida*”. FERREIRA, Wolgran Junqueira, op. cit. p. 152.

final, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 110 deste Código (que tratam de extinção de punibilidade verificada depois do trânsito em julgado),³⁹² regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime.³⁹³ Este entendimento, outrossim, coincide com a *communis opinio* administrativista brasileira.³⁹⁴

7.2. Conceito e graduação de falta disciplinar.

³⁹² Aliás, o dito artigo 142 do Estatuto dos Servidores Federais, no § 3º, reza: *A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente.* E no § 4º complementa no sentido de que: *Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção.*

³⁹³ Assim, e considerando o disposto no artigo 142 da lei 8.112/90, o Pleno do Supremo Tribunal Federal entende que: *“Ementa: Constitucional. Administrativo. Servidor público: demissão. Ilícito administrativo e ilícito penal. Instância administrativa: Autonomia. Prescrição: Lei 8.112/90, art. 142. I. - Ilícito administrativo que constitui, também, ilícito penal: o ato de demissão, após procedimento administrativo regular, não depende da conclusão da ação penal instaurada contra o servidor por crime contra a administração pública, tendo em vista a autonomia das instâncias. II. - Precedente do STF: MS 23.401-DF, Velloso, Plenário. III. - Na hipótese de a infração disciplinar constituir também crime, os prazos de prescrição previstos na lei penal têm aplicação: Lei 8.112/90, art. 142, § 2º. Inocorrência de prescrição, no caso. IV. - Alegação de flagrante preparado: alegação impertinente no procedimento administrativo. V. - Mandado de segurança indeferido”. Vide www.stf.gov.br, no julgamento do MS-23242/SP, que teve como Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO*

³⁹⁴ Sobre o tema, Diógenes Gasparini ensina: *“Entende-se por prescrição administrativa o esgotamento dos prazos para a interposição de recursos administrativos ou hierárquicos na esfera administrativa ou para a Administração Pública agir em certos casos (manifestações punitivas sobre a conduta dos seus servidores e dos administrados em geral). Assim, tanto perece a pretensão do administrado em relação à Administração Pública, como da Administração Pública em face do administrado se um e outra não agirem a tempo. Percebe-se que seus efeitos ficam circunscritos às medidas administrativas, não se estendem às ações judiciais”.* GASPARINI, Diógenes, op. cit. p. 538.

Tarefa difícil é a definição do que vem a ser **falta disciplinar**. Esta não pode ser confundida com o crime funcional, se bem que a ocorrência de qualquer crime dessa espécie acarreta a existência de uma falta disciplinar, entretanto, a recíproca não é verdadeira. As faltas disciplinares subdividem-se em duas subespécies: a primeira delas consiste na falta resultante dos deveres funcionais propriamente ditos, eis que decorrem da **violação positiva** de deveres no âmbito da repartição; na segunda, verifica-se um desvio ocorrido fora do âmbito da repartição condizente com a conduta particular do funcionário em sua vida privada, trata-se de **violação negativa ao estatuto**.³⁹⁵

Quanto à gradação, as faltas disciplinares são classificadas em: leves, graves e gravíssimas. **Faltas leves** são as que causam um transtorno mínimo ao serviço público e as penas são de: advertência, repreensão e multa, entretanto, na hipótese de reincidência são equiparadas às faltas graves. **Faltas graves** são as que afetam o próprio decoro, o prestígio, o regular andamento do serviço ou causam embaraço na consecução dos fins visados pela Administração tem em vista. E as **faltas gravíssimas** são as que provocam prejuízos de ordem tão elevada que a pena correspondente será o desligamento, para sempre, do funcionário dos quadros da Administração pública.³⁹⁶ A ocorrência do ilícito administrativo

³⁹⁵ CRETILLA JÚNIOR, op. cit. p. 69.

³⁹⁶ Ibidem, p. 69-70. As penalidades administrativas aplicáveis aos servidores federais estão dispostas no capítulo V da Lei nº 8.112/90, vejamos: *Das Penalidades - Art. 127. São penalidades disciplinares: I - advertência; II - suspensão; III - demissão; IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade; V - destituição de cargo em comissão; VI - destituição de função comissionada. Art. 128. Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais. Art. 129. A advertência será aplicada por escrito, nos casos de violação de proibição constante do art. 117, incisos I a VIII, e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave. Art. 130. A suspensão será aplicada em caso de reincidência das faltas punidas com advertência e de violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão, não podendo exceder de 90 (noventa) dias. § 1º Será punido com suspensão de até 15 (quinze) dias o servidor que, injustificadamente, recusar-se a ser submetido a inspeção médica determinada pela autoridade competente, cessando os efeitos da penalidade uma vez cumprida a determinação. § 2º Quando houver conveniência para o serviço, a penalidade de suspensão poderá ser convertida em multa, na base de 50% (cinquenta por cento) por dia de vencimento ou remuneração, ficando o servidor obrigado a permanecer em serviço. Art. 131. As penalidades de advertência e de suspensão terão seus registros cancelados, após o decurso de 3 (três) e 5 (cinco) anos de efetivo exercício, respectivamente, se o servidor não houver, nesse período, praticado nova infração disciplinar. Parágrafo único. O cancelamento da penalidade não surtirá efeitos retroativos. Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: I - crime*

obriga o administrador à respectiva apuração do fato com a conseqüente instauração do processo administrativo disciplinar sempre que a autoridade, sob cuja alçada ocorreu o fato, tiver competência para tanto, quando não, requererá a quem a tiver.³⁹⁷ Algumas faltas administrativas são apuradas através de procedimento sumário, vejamos.

7.2.1. Meios sumários de apuração de faltas administrativas: a sindicância.

Sem similar no direito comparado, a sindicância é também denominada de processo administrativo sumário, a bem do rigor da técnica científica, porém, de processo em sentido estrito não se trata. Vê-se que alguns dos princípios informadores do processo administrativo nela não se encontram presentes, *ex vi*, do princípio da ampla defesa, desde que não resulte punição para o sindicado, pois, em havendo a possibilidade de aplicação de penalidade, será imprescindível a oportunidade de ampla defesa na própria sindicância. Parte da doutrina a considera como uma espécie de *medida cautelar* administrativa, procedimento prudente com o fito de apurar irregularidades possivelmente existentes. A etimologia da expressão encontra duplo sentido: primeiramente designa a tomada de informações judiciais sobre o procedimento de algum juiz; e também significa fazer inquérito, inquirir.³⁹⁸

A sindicância não pode ser confundida com processo administrativo.

Guardadas as devidas proporções pode-se afirmar que a sindicância está para o processo administrativo assim como o inquérito policial está para o processo penal. É salutar ressaltar que não se trata de peça indispensável ao processo administrativo,

contra a administração pública; II - abandono de cargo; III - inassiduidade habitual; IV - improbidade administrativa; V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição; VI - insubordinação grave em serviço; VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem; VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos; IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo; X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional; XI - corrupção; XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas; XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.

³⁹⁷ CRETILLA JÚNIOR, op. cit. p. 69-70.

³⁹⁸ Ibidem, p. 53, onde o autor observa: "... 'Sindicância' não é 'processo administrativo' e, por isso, não é informada pelo princípio da ampla defesa. 'Sindicância' é medida cautelar, é procedimento prudente da Administração para apurar irregularidades eventualmente existentes".

podendo assim haver processo sem sindicância e também pode haver sindicância sem processo, quando não se verifica qualquer falta praticada a quem se pensava imputar, ou quando não se conclui quem deva ser a pessoa acusada em processo administrativo disciplinar. Sob este aspecto ela não se confunde com as medidas cautelares do processo civil, pois a finalidade destas é nitidamente processual-instrumental.

A sindicância deve conter a marca da rapidez, precisão e objetividade. O artigo 154 da lei federal nº 8112, de 11 de dezembro de 1990, a prevê, expressamente: primeiramente, o artigo 143 obriga a autoridade que tomar conhecimento de irregularidades no serviço a promover a respectiva apuração imediatamente, seja através de sindicância ou de processo administrativo – aqui nos parece superado o problema da obrigatoriedade de se conferir direito à defesa ao sindicado, pois o dispositivo não deixa dúvida: exige que se assegure ao acusado “*ampla defesa*”, tanto em processo administrativo quanto em sindicância; depois, o artigo 154 prescreve: “*Os autos da sindicância integrarão o processo disciplinar, como peça informativa da instrução*”. Mais ainda, o parágrafo único dessa mesma norma, determina que, quando o relatório da sindicância concluir pela existência de ilícito penal, a autoridade competente deve encaminhar cópia dos autos ao Ministério Público, quer se instaure o correlato processo administrativo, quer não.

A sindicância pode iniciar-se de ofício ou mediante denúncia de terceiros ou de funcionários sobre irregularidades administrativas. Neste último caso é vedado o anonimato devendo a denúncia conter a identificação e o endereço do denunciante e ser formulada por escrito, com a comprovação da respectiva autenticidade.

Pressupõe a constituição de uma comissão - embora haja opiniões no sentido de que ela possa funcionar com apenas um servidor, tal não deve ocorrer, sob pena de se macular a lisura do procedimento - que deve ser formada por funcionários em número não definido, a depender da natureza e gravidade do fato a ser apurado, sendo possível três, ou dois membros com o escopo de investigar fatos. Depois da fase inquisitiva vem a conclusiva, podendo, ocorrer: o arquivamento, na hipótese de

nenhuma irregularidade ser comprovada;³⁹⁹ aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias;⁴⁰⁰ ou a abertura do competente processo administrativo disciplinar.⁴⁰¹ Neste último caso a sindicância pode ensejar a instauração de um processo administrativo ou criminal. Haverá processo disciplinar se se apurou falta incompatível com o dever de hierarquia; criminal, se se apurou o cometimento de fato considerado pela lei penal como criminoso; e quando se apurar que existiu anomalia ou infração a dispositivo estatutário não enquadrado nas hipóteses anteriores, haverá um processo administrativo sem atributo.⁴⁰² Diz a lei que a instauração de processo disciplinar será obrigatória sempre que o ilícito praticado pelo servidor ensejar a imposição de penalidade de: suspensão por mais de 30 (trinta) dias, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou destituição de cargo em comissão.⁴⁰³ A sindicância deve ser concluída em prazo não excedente de trinta dias, podendo ser prorrogado por igual período, a critério da autoridade superior.⁴⁰⁴

Hely Lopes Meirelles afirma que a sindicância, como meio sumário de apuração de irregularidade administrativa, prescinde da defesa do sindicado. *Data venia*, não é este o nosso entendimento, já esposado acima com base na lei 8.112/90. A sindicância **deve garantir** o direito ao contraditório, sob pena de nulificação de todo o procedimento. Neste sentido o Tribunal de Contas da União firmou sedimentada jurisprudência, tendo anulado sindicância que apontava pela culpa de servidor público, por não lhe ofertar chance de se defender.⁴⁰⁵

³⁹⁹ Lei 8.112/90, Art. 144 - Parágrafo único: *Quando o fato narrado não configurar evidente infração disciplinar ou ilícito penal, a denúncia será arquivada, por falta de objeto.*

⁴⁰⁰ Lei 8.112/90, art. 145, II.

⁴⁰¹ Lei 8.112/90, art. 145, III e 146.

⁴⁰² CRETELLA JÚNIOR, op. cit. p .

⁴⁰³ Lei 8.112/90, art.146.

⁴⁰⁴ Lei 8.112/90, art.145, parágrafo único.

⁴⁰⁵ AC001906931 - Identificação do documento: AC-0019.06.93.1. Ementa: “Tomada de Contas Especial. Acidente de trânsito. Danos ao Erário. Sindicância Administrativa concluiu pela culpa do agente. Responsabilidade não caracterizada. Inquérito acolhido apenas como elemento subsidiário. Aplicação da Súmula TCU 86. Contas regulares. DADOS MATERIAIS: Acórdão 19.93 - Primeira Câmara - Ata 06.93. PROCESSO Nº TC 012.108.92.8. Responsável: Giovani Giani Lemos. ENTIDADE: Subsecretaria-Geral da Presidência da República. RELATOR: Ministro ADHEMAR PALADINI GHISI. REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO: Procurador-Geral em substituição, Dr. Jatir Batista da Cunha. Órgão de Instrução: 6ª IGCE. ASSUNTO: Tomada de Contas Especial. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos de Tomada de Contas Especial,

instaurada contra o Sr. Giovani Giani Lemos, funcionário do Ministério do Exército, cedido à Presidência da República e; Considerando não estar devidamente caracterizada a responsabilidade do servidor, e assim mesmo teve seu nome inscrito na conta "Diversos Responsáveis"; Considerando que não foi dada ao responsável a oportunidade de defesa sobre a conclusão da Comissão de Sindicância; Considerando que as alegações de defesa apresentada pelo responsável em atendimento à diligência do Tribunal supriu a oportunidade que lhe foi negada na instância administrativa e seus esclarecimentos foram aceitos pelo Titular da 6ª IGCE; ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Ordinária da Primeira Câmara e com fundamento no art. 16, inciso I; e art. 17, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, julgar regulares as presentes contas, dando quitação plena ao responsável Giovani Giani Lemos. RELATÓRIO DO MINISTRO RELATOR: Grupo II - Classe II (1ª Câmara) TC - 012.108.92.8 Tomada de Contas Especial. Cuida-se de Tomada de Contas Especial instaurada pela Coordenadoria de Contabilidade da Ciset/PR contra o motorista Giovani Giani Lemos - servidor do Ministério do Exército, à disposição da Presidência da República -, em decorrência de acidente de trânsito, o qual, além de tê-lo vitimado, provocou na viatura WolKsvagen, tipo Kombi, placa FO 3666, danos que a deixaram imprestável e, conseqüentemente, antieconômica a sua recuperação, tornando-a, inclusive, objeto de alienação - fls. 116.117 e 108, respectivamente. 2. O fato a deter-se ensejou a designação de uma Comissão de Sindicância (fls. 09), cujo Relatório de fls. 53.58 - mais precisamente às fls. 58 - concluiu que houve, por parte do motorista arrolado, imperícia, imprudência e negligência. Ainda, no mesmo relatório (fls. 56), o Encarregado da Sindicância declinou ser o questionado "profissional qualificado, responsável e cumpridor de seus deveres", pesando contra o mesmo, prosseguiu, o fato de o Laudo Pericial explicitar que "a Kombi FO 3666 desenvolvia velocidade superior à permitida para o local". 3. Em parecer lavrado às fls. 67.68, o Órgão Jurídico assumiu posição incisiva quanto ao consagrado direito de defesa, assegurando não poder, a Administração, atribuir culpa e responsabilidade por decisão unilateral; sustentando mais que, em matéria de responsabilidade civil, é sempre necessária a concordância do responsável. Uma comissão de Sindicância, arrematou, apenas funda-se em procedimentos sumários. 4. Além do Parecer acima mencionado, outros foram emitidos no âmbito da Presidência da República, todavia esposados na convicção da culpa do funcionário em questão, bem assim pela atribuição de responsabilidade quanto ao dano que ele causara ao patrimônio público. 5. Mesmo o Controle Interno, mas oportunidades em que manifestou-se (fls. 120 "usque" 128), abraçou a mesma tese, responsabilizando o Sr. Geovani pela importância de Cr\$ 5.794.885,49 (cinco milhões, setecentos e noventa e quatro mil, oitocentos e oitenta e cinco cruzeiros, e quarenta e nove centavos), tomando por base, para chegar a este cálculo a Unidade Fiscal de Referência - UFIR, do dia 27.03.92. Na ocasião, fez inscrever o supracitado valor na conta "Diversos Responsáveis". 6. Foi, no mesmo sentido, a manifestação da autoridade ministerial competente (fls. 129). 7. Inicialmente, expressou-se a 6ª IGCE pela Citação do agente responsável (fls. 132.33). Em seguida (fls. 134), o Sr. Inspetor-Geral oficiou à Ciset/PR pleiteando - bem como estabelecendo prazo para a devolução do mesmo - a obtenção do "ciente" devidamente datado. Em outro Ofício (fls. 135), desta feita ao nominado, citou-o para que, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da ciência do referido documento, recolhesse aos cofres da União a importância de Cr\$ 2.402.363,65 (dois milhões, quatrocentos e dois mil, trezentos e sessenta e três cruzeiros, e sessenta e cinco centavos), acrescida de correção monetária e juros de mora, incidentes a partir de 11.12.91. 8. Às fls. 118 (item 4º, da Memória de Cálculo) demonstrou-se claramente a razão da disparidade entre o valor do débito atribuído pela Ciset/PR e o da Citação - respectivamente, Cr\$ 5.794.885,49 e Cr\$ 2.402.363,65. 9. O Sr. Giovani Giani Lemos após sua assinatura, dando ciente, em 22.07.92 (fls. 137). Na oportunidade (fls. 138.40), ao defender-se, alegou: 1. não estar desenvolvendo alta velocidade, uma vez que acabara de reduzir a marcha para transpor um quebra-molas; 2. jamais haver se envolvido em acidentes, portanto, não lhe sendo justo atribuir imperícia, imprudência e negligência; 3. que, não fora informado, pelo Sindicante, da possibilidade de ser, o débito, descontado parceladamente em seu contra-cheque; e 4. ser casado, pai de dois filhos, e que sua remuneração, muito baixa (anexou contra-cheques), não chega sequer para o aluguel; alegando, ainda, não possuir bens a serem alienados. 10. O Órgão Técnico de Instrução, a zelosa 6ª IGCE, e o douto Ministério Público, representado na pessoa do Procurador-Geral em substituição, Dr. Jatir

Mas, apesar de a justiça de contas pronunciar-se dessa forma, e malgrado o prescrito no artigo 143 da lei 8.112/90, a jurisprudência a respeito da exigência de oportunidade de defesa em sindicância administrativa, não é pacífica, pois, como adiante será demonstrado, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, através do mesmo órgão julgador (a terceira turma cível), ora inclina-se no sentido de que a falta de defesa não nulifica o procedimento administrativo de sindicância, ora, decide pela sua necessidade. vejamos a seguinte ementa:

Batista da Cunha, manifestaram-se no sentido de serem estes autos arquivados, ordenando-se a baixa contábil na responsabilidade do Sr. Giovanni Giani Lemos. Alternativamente, o Sr. Inspetor Geral propôs que fossem, caso Tribunal aceitasse os esclarecimentos apresentados, julgadas regulares referidas contas, dando-se quitação plena ao responsável (fls. 145.49). É o Relatório. É indiscutível que o motorista em realce causou ao Erário os danos objeto desta Tomada de Contas Especial. Dúvidas, sim, subsistem se ele agira realmente com imperícia, imprudência e negligência, conforme precisa conclusivamente o relatório elaborado pela Comissão de Sindicância (fls. 58). Contudo, atendo-me aos fatos evidenciados no documento retro mencionado (fls. 56), observei ser o nominado um profissional qualificado, responsável e cumpridor dos seus deveres, inclusive, funcionário do Ministério do Exército desde 18.12.85. 2. A um servidor qualificado ser-lhe-ia possível irrogar a condição de inexperiente? Questiono-me. E sendo ele, pela Administração, tido como responsável e cumpridor dos seus deveres, caberia qualificá-lo de imprudente e negligente? É admissível, entretanto, a ilação de que, o conteúdo daquele relatório, conflita com suas conclusões. 3. Há de se levar em conta, ainda, que ao acusado não foi facultado o contraditório e ampla defesa - aliás, fato manifesto no Parecer Jurídico de fls. 67.68, daquela Subsecretaria-Geral da Presidência da República. 4. A Ciset/PR, apesar dessas evidências, calca seu entendimento - qual seja imputação de responsabilidade ao qualificado - tendo como esteio a Comissão de Sindicância, que ora discute-se, posicionamento abraçado pela autoridade ministerial competente, no pronunciamento de fls. 129. 5. No caso concreto, e em razão dos fatos expostos, deixo de tomar como elemento subsidiário a Sindicância em causa (Enunciado nº 86, da Súmula da Jurisprudência predominante neste Tribunal), destacando, nesta assentada, o brilhante Parecer elaborado pela D. Procuradoria, pedindo vênias para dissentir apenas quanto à proposição de arquivamento do processo e baixa na responsabilidade do arrolado, ante entendimento que, paulatinamente, vem tomando forma junto a esta C. Corte de Contas. 6. Tenho por tempestivo esclarecer - evidentemente em razões de não existirem, ainda, normas próprias disciplinadoras de matérias dessa natureza - que, o que a seguir submeterei a esta E. Câmara, terá enquadramento, na Lei Orgânica, apenas dentro do aproximadamente possível. 7. Assim, e em razão de todo o exposto, acolho a proposta alternativa da 6ª IGCE e Voto por que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à elevada apreciação desta Primeira Câmara. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO: Proc. TC-012.108.92.8 Tomada de Contas Especial. Tomada de Contas Especial instaurada pela Secretaria de Controle Interno da Presidência da República contra o Sr. GIOVANI GIANI LEMOS, responsabilizado pelos danos causados no veículo marca Volkswagen, tipo Kombi, placa FO-3666, pertencente à Presidência da República, no importe de Cr\$ 5.794.885,49. Uma vez que os resultados dos inquéritos administrativos são acolhidos por este Tribunal apenas como elementos subsidiários ao julgamento das contas (Súmula/TCU nº 86), e ainda por entendermos que a declaração de fls. 73 supre a assertiva de ausência de defesa indicada, somos, "data venia" do Sr. Inspetor-Geral da 6ª IGCE, no tocante à conclusão em alternativa que oferece, pelo arquivamento do processo, determinando-se a baixa contábil na responsabilidade do Sr. GIOVANI GIANI LEMOS. Em reforço ao nosso entendimento, ante as dúvidas que persistem nos autos, temos por fundamental o princípio jurídico inserido no brocardo latino "in dubio pro reo". ÓRGÃO DE DELIBERAÇÃO: Primeira Câmara -- TIPO DE BASE:DC --- DATA DA SEÇÃO:09.03.1993 --- DATA DE PUBLICAÇÃO NO DOU:17.03.1993 --- PÁGINA DE PUBLICAÇÃO NO DOU:3358". Grifamos.

“Processo civil. Tutela antecipada. Requisitos. Inexistência. Reintegração em cargo público. Sindicância confidencial e processo administrativo sem irregularidades. Indeferimento da medida. Legalidade. I - O deferimento ou não, da tutela antecipada (art. 273, CPC), depende da comprovação prévia dos pressupostos legais. II - A sindicância administrativa, meio sumário de elucidação de irregularidade no serviço, para subsequente instauração de processo, prescinde de defesa do sindicado e publicidade no seu procedimento. III - Efetivada a sindicância e instaurado o processo administrativo, com obediência aos arts. 153 e seguintes da Lei 8.112.90, a antecipação de tutela, para reintegração imediata do servidor demitido, não se mostra possível.” (Os grifos são nossos).⁴⁰⁶

Agora, ver-se-á que o mesmo tribunal (pela mesma turma julgadora) decidiu pela anulação do procedimento administrativo de sindicância porque não foi dada oportunidade de defesa ao sindicado:

“Administrativo e constitucional. Mandado de segurança. Sindicância. Aluno penalizado com a exclusão do curso da polícia civil. Em princípio o instituto da sindicância não serve para aplicar penalidades, mas apenas para apurar possíveis irregularidades, pois, aquele não é seu objetivo. Se não foi dada a oportunidade de defesa para o sindicado, não pode aquele procedimento sumário resultar em penalidade para ele. Desrespeito ao devido processo legal. Apelação desprovida. Sentença confirmada”. (Grifamos).⁴⁰⁷

⁴⁰⁶ Confira-se em Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - Agi - agravo de instrumento. Número: 0006467 ano: 96 UF:DF - Distrito Federal. Reg.int.proces.: 87.916. AGI0006467. Decisão: 26.08.96 órgão julg.: 63 - **Terceira Turma Cível**. Relator: Desembargador Nívio Geraldo Gonçalves. Publicação: DJDF data: 02.10.96 pág.: 17.411. Decisão: conhecer. Negar provimento ao agravo. Unânime.

⁴⁰⁷ Confira-se: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. APC - Apelação Cível. Número: 0039192 ano: 96 UF:DF - Distrito Federal. Reg.int.proces.: 87.389. APC0039192. Decisão: 12.08.96. Órgão

Apesar da discrepância pretoriana, no mesmo tribunal (mesma turma), correto é que a sindicância faculte sempre a oportunidade de defesa, e defesa ampla, de acordo com o mandamento constitucional, ainda que dela não resulte, diretamente, punição para o sindicado.⁴⁰⁸

Além da sindicância existem outros meios sumários, cuja juridicidade, depois da nova ordem constitucional de 1988, é contestada por alguns. São os meios sumários de apuração de irregularidades, de aplicação duvidosa: a verdade sabida e o termo de declarações do infrator.

7.2.2. Meios sumários de apuração de faltas administrativas: a verdade sabida.

A verdade sabida se constitui no fato de a autoridade que detém o poder de punir determinada infração tomar conhecimento do cometimento de uma falta por um servidor a si subordinado e, enfim, aplicar-lhe punição. Hely Lopes Meirelles dá-nos o exemplo de um subordinado que desautoriza o superior no ato do recebimento de uma ordem, ou quando em sua presença comete falta punível por ele próprio. Em tais casos, assim como nos fatos notórios publicados e veiculados pela imprensa, por exemplo, a

Julg.: 63 - **Terceira Turma Cível**. Relator: Desembargador José de Campos Amaral. Publicação: DJDF data: 02.10.96 pág.: 17.413. Decisão: conhecer. Negar provimento ao recurso. Unânime.

⁴⁰⁸ Este é o entendimento que mais adequado à Constituição Federal. Neste sentido Paulo Tadeu Rodrigues Rosa escreve: *“Estado tem o direito e o dever de punir a pessoa que pratique um ilícito penal ou administrativo, mais isso não significa que possa deixar de observar os preceitos e garantias fundamentais disciplinados na Constituição Federal. O acusado em processo administrativo ou judicial possui o direito de exercer a ampla defesa e o contraditório com todos os recursos a ela inerentes, sem os quais não poderá perder os seus bens ou ter a sua liberdade cerceada. No caso do processo administrativo denominado de sindicância, quando esta tiver o caráter acusatório, deverá ser assegurado ao administrado, funcionário civil ou militar, o direito de exercer a ampla defesa e o contraditório, na forma do Texto Constitucional. A não observância dessa garantia constitucional é motivo para a interposição de Mandado de Segurança perante a Justiça Comum ou Federal, que dependerá da situação funcional da autoridade administrativa responsável pelo ato. No momento da interposição da medida, o autor poderá pleitear a concessão de liminar para suspender o processo administrativo até o julgamento do mérito da questão”*. ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. Princípio do contraditório na sindicância. Revista eletrônica: www.infojus.com.br.

aplicação da punição pela autoridade competente decorre da **verdade sabida**. Para tanto, deve a autoridade registrar no ato administrativo punitivo todas as circunstâncias da infração, bem como, que da mesma tomou conhecimento por si própria. É registrável que a verdade sabida só é passível de aplicação nas hipóteses em que a penalidade administrativa a ser aplicada dispensar o processo administrativo.⁴⁰⁹

Muito embora o estatuto do servidor público não a preveja, a mesma encontra-se expressamente prevista na lei orgânica da polícia, que em seu artigo 90 estabelece: “*A pena disciplinar até a de suspensão, poderá ser aplicada pelo critério da verdade sabida*”. Este mesmo dispositivo, em seu § 1º define o que se deve entender por este instituto, que, na opinião de alguns administrativistas, não mais existe no direito processual administrativo. Nada obstante isso, aquela mesma norma assim a define: “*Entende-se por verdade sabida o conhecimento pessoal e direto da falta por parte de autoridade competente para aplicar a pena*”. Esta lei ressalva, entretanto, que a aplicação da pena deve ser precedida da lavratura de auto circunstanciado que constate a infração cometida.⁴¹⁰

O princípio do contraditório, todavia, constitui-se em imperativo constitucional e a necessidade de sua verificação deve ser considerada condição inarredável para a imposição de qualquer punição, inclusive nas hipóteses em que o processo administrativo é dispensável. Punição sem possibilidade de defesa é sinônimo de arbítrio, incompatível, pois, com o Estado democrático de direito instituído com a Carta Política de 1988. É neste sentido que Diógenes Gasparini e José Renato Nalini, com inteira razão, observam que tanto a verdade sabida quanto o termo de declarações, foram **revogados** pela Constituição de 1988, melhor explicando, diríamos que se tornaram inconstitucionais por superveniência.⁴¹¹

7.2.3. Meios sumários de apuração de faltas administrativas:

⁴⁰⁹ MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit. p. 596-7.

⁴¹⁰ MAIA LUZ, Egberto. *Direito administrativo disciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 122.

⁴¹¹ “*Esses dois meios sumários de apuração de irregularidades e punição de seus autores já não podem ser utilizados em nosso meio, pois que aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, da CF), o que esses institutos não propiciam*”. GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 585.

o termo de declarações do infrator.

O termo de declarações do infrator administrativo era um meio sumário de apuração de falta administrativa de pequeno potencial ofensivo, utilizado antes da vigência da atual Carta Constitucional. A autoridade, entretanto, só podia basear-se no termo de declarações para impor penalidade desde que o servidor confessasse o cometimento de determinada infração. Para servir como instrumento hábil para apuração da verdade administrativa e respectiva imposição de penalidade devia o termo ser subscrito por duas testemunhas idôneas.⁴¹²

Nunca é demais ter em mente a observação de Bacelar Filho de que o princípio do contraditório possui duplo sentido: no primeiro, visa a favorecer o bom resultado da instrução probatória; no segundo, sua exigência decorre de necessidade moralizadora da atividade administrativa, para garantir a justiça da decisão prolatada em processo administrativo. Caso não haja a sua verificação a decisão será um produto ideologicamente deteriorado.⁴¹³ Nesse mesmo sentido encontra-se Celso Antônio Bandeira de Mello, lecionando que qualquer punição a ser imposta a servidor público deve ser precedida do respectivo procedimento apurador, sempre com a garantia da ampla defesa, em obediência ao inciso LV do artigo 5º da Constituição da República. Tal procedimento será: a sindicância, quando a infração apurada for punida com penalidade de advertência, ou suspensão de até trinta dias; a partir desse limite somente será lícita a punição através de processo administrativo, onde, também, deve-se assegurar a ampla defesa ao sujeito passivo da relação processual administrativa.⁴¹⁴

Aliás, relembre-se o que dissemos acima acerca da própria lei 8.112/90, que ao tratar do inquérito administrativo - entenda-se aí **meio sumário de apuração de faltas disciplinares**, ou, mais propriamente ainda: **sindicância** - insere no artigo 153, que o inquérito administrativo deverá obedecer ao princípio do contraditório, assegurada ao

⁴¹² MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit. p. 596-7.

⁴¹³ BACELAR FILHO, Romeu Felipe, op. cit. p. 211.

⁴¹⁴ BANDEIRA de MELLO, Celso Antônio, op. cit. p. 164-5.

acusado ampla defesa e nesta ampla defesa ao indiciado, ou sindicado, deve ser assegurado, também, todos os meios e recursos a ela inerentes. De maneira que, caso reste configurado qualquer cerceamento em qualquer desses aspectos, o inquérito, ou qualquer meio sumário de apuração de infração administrativa, será considerado nulo por indisfarçável desobediência ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa.

Em conclusão, independentemente da denominação a que se atribua aos meios sumários de apuração de infração administrativa, qualquer deles deverá obedecer ao princípio do contraditório e da ampla defesa, sob pena de nulidade.

8. As fases do processo administrativo. Uma análise comparativa dos procedimentos do estatuto dos servidores com o CPC.

O processo administrativo subdivide-se em quatro fases, sendo que autores mais modernos referem-se ainda a mais uma correlata à apuração e que precede as demais, vejamos cada uma delas.⁴¹⁵

Fase de apuração é aquela na qual se instala a comissão e nela se colhem os elementos esclarecedores da falta cometida com as inquisições do denunciante, das

⁴¹⁵ Diógenes Gaspararini oferta a seguinte classificação: “Na generalidade dos processos administrativos são comuns as fases de instauração, instrução, relatório e decisão, cuja realização obedece a essa ordem ou seqüência”. GASPARINI, op. cit. p. 561. Odete Medauar, por sua vez, acrescenta que: “Cada fase do processo administrativo desempenha, quanto ao ato final, um papel relativamente homogêneo. O rol e a denominação das fases variam na doutrina. Melhor parece considerar no processo administrativo três fases: a) fase introdutória ou inicial: integrada por atos que desencadeiam o procedimento; o processo administrativo pode iniciar-se de ofício ou por iniciativa de interessados (particulares, individualmente ou em grupo e servidores para pleitear direitos, por exemplo); b) fase preparatória: na qual se colhem todos os elementos de fato e de direito que possibilitem a tomada de decisão justa e aderente à realidade; aí se incluem os atos e fatos relativos às provas as audiências públicas (como no licenciamento ambiental), relatórios, alegações escritas com caráter de defesa ou não, enfim todos os elementos que levam a um conhecimento mais acurado da questão tratada no processo, com o objetivo de conduzir a uma decisão correta quanto aos fatos e direitos; c) fase decisória: que é o momento em que a autoridade competente (unipessoal ou colegiado) fixa o teor do ato que emite a decisão e o formaliza; nessa fase se incluem os elementos necessários à eficácia da decisão, tais como notificação, publicação e eventualmente homologação ou aprovação, pois todos são insitos à própria decisão”. MEDAUAR, Odete, op. cit. p. 196-7.

testemunhas e informantes, bem como do acusado, devendo tudo isto ser reduzido a termo pelo secretário da comissão. Somente podem fazer parte da comissão funcionários que gozarem de estabilidade no serviço público. Em seguida vem a fase de instrução.

Instrução ou inquérito, aqui a comissão empenhar-se-á em reunir todos os elementos necessários, indiciários ou probatórios, acerca da falta e de seu responsável. Esta fase tem duração geralmente de 30 a 60 dias podendo ser prorrogada por mais 30, quando se verificar força maior impeditiva da conclusão no termo assinado.

Em seguida verificar-se-á a fase de defesa, na qual o processado pode fazer-se acompanhar por advogado com o fim produzir a mais ampla defesa, acostando documentos, ouvindo-se testemunhas, etc. O prazo da defesa, que deve ser escrita, estipulado no estatuto dos servidores, é de dez dias com a garantia de concessão de vista dos autos, mas na hipótese de haver mais de um indiciado o prazo será dobrado, porém, comum.⁴¹⁶ O indiciado deve ser cientificado plenamente da existência de um processo administrativo contra a sua pessoa e, para tanto, deve ser citado.⁴¹⁷ Tanto no processo civil quanto no administrativo, a citação é o ato que consolida o perfazimento da relação jurídica processual.⁴¹⁸ No processo administrativo a citação também poderá ocorrer através de edital, tendo por base o mesmo motivo adotado no processo civil: o indiciado⁴¹⁹ encontrar-se em local incerto e não sabido. Neste último caso, o prazo para a defesa será de quinze dias contados a partir da data da última publicação do edital.⁴²⁰ E em caso de revelia deve ser nomeado servidor, sempre que

⁴¹⁶ O estatuto, entretanto, no § 3º do artigo 161, admite a prorrogação do prazo para a defesa: *O prazo de defesa poderá ser prorrogado pelo dobro, para diligências reputadas indispensáveis.*

⁴¹⁷ Artigo 161 do estatuto, § 1º: *O indiciado será citado por mandado expedido pelo presidente da comissão para apresentar defesa escrita, no prazo de 10 (dez) dias, assegurando-se-lhe vista do processo na repartição.* No § 2º, acrescenta-se: *Havendo dois ou mais indiciados, o prazo será comum e de 20 (vinte) dias.*

⁴¹⁸ Art. 263: *Considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara. A propositura da ação, todavia, só produz, quanto ao réu, os efeitos mencionados no art. 219 depois que for validamente citado.*

⁴¹⁹ O réu no processo civil.

⁴²⁰ Lei 8.112/90, artigo 163: *Achando-se o indiciado em lugar incerto e não sabido, será citado por edital, publicado no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação na localidade do último domicílio conhecido, para apresentar defesa. Parágrafo único. Na hipótese deste artigo, o prazo para defesa será de 15 (quinze) dias a partir da última publicação do edital.*

possível, da mesma classe e categoria do indiciado para apresentar defesa.⁴²¹ Sobre a necessidade de defesa, o Supremo Tribunal Federal já assentou entendimento de que mesmo estando o funcionário em estágio probatório, ele somente poderá ser demitido através de processo administrativo no qual se lhe assegure ampla defesa.

Tal como ocorre no processo civil (artigo 319), no administrativo o réu será considerado revel sempre que, sendo validamente citado, deixar de apresentar defesa no prazo legal (artigo 164 do Estatuto). Porém, uma vez declarada a revelia no processo administrativo, o prazo para a defesa será devolvido ao defensor dativo.

Observe-se que no processo civil a obrigatoriedade da defesa restringe-se aos seguintes casos: de réu incapaz, desde que não tenha representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele; réu preso; e revel citado por edital ou com hora certa (artigo 9º do CPC). No CPC a consideração da revelia de modo a ensejar a constituição de curador especial adstringe-se aos casos de citação por edital ou hora certa. Diferentemente, a lei 8.112/90 não condicionou a obrigatoriedade de constituição de defensor dativo ao indiciado revel para os casos de citação por edital, apenas.⁴²² Segundo o artigo 164 do estatuto dos servidores, revel será o indiciado que, devidamente citado, não apresentar defesa no prazo legal,⁴²³ mas este dispositivo não condicionou a nomeação de defensor dativo à citação por edital. O código de processo civil, ao contrário, só obriga o juiz a constituir curador especial ao réu revel quando a revelia decorrer de citação por edital, ou ainda por hora certa (artigo 9º).

Outra distinção do procedimento do processo administrativo comparado com o civil consiste na data a partir da qual se inicia o prazo para a defesa. No CPC, quando a citação perfaz-se: pelo correio,⁴²⁴ por oficial de justiça e por precatória, o prazo para a defesa só começa a fluir a partir da data da juntada aos autos,

⁴²¹ Lei 8.112/90, artigo 164: *Considerar-se-á revel o indiciado que, regularmente citado, não apresentar defesa no prazo legal. § 1º A revelia será declarada, por termo, nos autos do processo e devolverá o prazo para a defesa. § 2º Para defender o indiciado revel, a autoridade instauradora do processo designará um servidor como defensor dativo, ocupante de cargo de nível igual ou superior ao do indiciado.*

⁴²² Veja-se que ela não vislumbrou a possibilidade de citação por hora certa.

⁴²³ No código de processo civil o artigo 319 diz: *Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.*

⁴²⁴ Sendo esta inadmissível no processo de execução (artigo 222 do CPC).

respectivamente: do aviso de recebimento, do mandado e da carta precatória (artigo 241). Pois bem, no estatuto dos servidores o prazo para a defesa inicia-se a partir da data na qual a citação efetivou-se, tanto que o § 4º do artigo 161 determina que nos casos de recusa do indiciado em apor o ciente na cópia do mandado, o prazo para defesa contar-se-á da data declarada, em termo próprio, pelo membro da comissão que fez a citação, com a assinatura de duas testemunhas.

E quando a citação faz-se por edital, temos as seguintes situações processuais: a)- no CPC, diz o artigo 241 que começa a correr o prazo ao término da dilação assinada pelo juiz. Isto decorre das determinações constantes do artigo 232, que: 1º- obriga a afixação do edital, na sede do juízo, certificada pelo escrivão; 2º- exige a publicação do edital no prazo máximo de quinze dias, uma vez no órgão oficial e pelo menos duas vezes em jornal local, onde houver;⁴²⁵ 3º- impõe que o juiz determine o prazo, que variará entre vinte a sessenta dias, correndo da data da primeira publicação (este é o prazo dilatatório, que, uma vez findo, começará a correr o prazo para a defesa), além disso, o código de processo civil determina que o edital contenha a advertência de que, não sendo contestada a ação, se presumirão aceitos pelo réu como verdadeiros os fatos articulados pelo autor, se o litígio versar sobre direitos disponíveis; b)- já no estatuto dos servidores, o artigo 163 impõe que o edital deve ser publicado no diário oficial da União e em jornal de grande circulação na localidade do último domicílio conhecido do indiciado; como a lei não disse o número de vezes que o edital deve ser publicado, deduz-se que basta uma vez no DO e outra em jornal de grande circulação; note-se que o CPC exige, além da publicação no DO, mais duas em jornal local, onde houver; e quanto ao prazo, o estatuto diz (parágrafo único do artigo 163) que ele se alonga de dez para quinze dias, sempre que a citação se der por edital; este aspecto não é ventilado pelo CPC, onde, após exauri-se o prazo dilatatório do edital, tem início o da defesa: quinze dias no rito ordinário;⁴²⁶ e na

⁴²⁵ Sendo certo que o § 2º do artigo 232 mitiga esta exigência sempre que a parte autora for beneficiária da assistência judiciária, caso em que a publicação do edital será feita apenas no órgão oficial.

⁴²⁶ Artigo 297: *O réu poderá oferecer, no prazo de 15 (quinze) dias, em petição escrita, dirigida ao juiz da causa, contestação, exceção e reconvenção.*

própria audiência no sumário.⁴²⁷ Percebe-se ainda que o estatuto não mencionou a necessidade de prazo dilatatório, outrossim, estabeleceu que o prazo da defesa será de quinze dias contados a partir da última publicação do edital.

A fase seguinte é a do relatório. A comissão elaborará relatório circunstanciado do fato a apurar apontando a irregularidade cometida, o seu autor, bem como os dispositivos legais nos quais o mesmo incorreu. Ressalte-se que a jurisprudência já assentou entendimento no sentido de que o relatório é meramente opinativo e não vincula a autoridade julgadora. Esta fase é sucedida pela decisória ou de julgamento na qual a autoridade competente prolatará a decisão absolvendo ou condenando o acusado, fixando a respectiva sanção.⁴²⁸

A doutrina não é pacífica quanto à enumeração das fases do processo administrativo. Para Celso Antônio Bandeira de Mello elas são as seguintes: 1- a fase propulsória – também nominada de fase de iniciativa, correspondendo ao impulso deflagrador do ‘procedimento’ que tanto pode partir do administrado quanto da autoridade competente por impulso próprio;⁴²⁹ em seguida concretiza-se a fase instrutória, onde a Administração colherá as provas que embasarão a decisão administrativa. Nesta fase ouvem-se testemunhas e acusado, faz-se perícias e estudos técnicos; depois sobrevém a fase dispositiva onde a Administração decidirá o caso concreto; a fase controladora segue-se à anterior e também é denominada de fase integrativa, na qual autoridades que não participaram do ‘procedimento’ administrativo apenas verificam a regularidade do transcurso das várias fases

⁴²⁷ Nos termos do artigo 277: *O juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de trinta dias, citando-se o réu com a antecedência mínima de dez dias e sob a advertência prevista no § 2º deste artigo, determinando o comparecimento das partes. Sendo ré a Fazenda Pública, os prazos contar-se-ão em dobro. § 1º - A conciliação será reduzida a termo e homologada por sentença, podendo o juiz ser auxiliado por conciliador. § 2º - Deixando injustificadamente o réu de comparecer à audiência, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados na petição inicial (art. 319), salvo se o contrário resultar da prova dos autos, proferindo o juiz, desde logo, a sentença.*

⁴²⁸ CRETELLA JÚNIOR, op. cit. p. 65-6.

⁴²⁹ Nisto, mais uma particularidade distintiva entre o processo civil e o administrativo resta revelada: é que o juiz no processo civil não pode agir de ofício para dar início a uma relação processual, por vedação expressa do artigo 2º e 262, parte inicial, do CPC, que albergam o princípio do dispositivo. Somente por exceção o juiz cível pode determinar a instauração de um processo de jurisdição contenciosa: são os casos de inventários não requeridos pelos legitimados, incluindo o Ministério Público, no prazo legal (artigo 989: *O juiz determinará, de ofício, que se inicie o inventário, se nenhuma das pessoas mencionadas nos artigos antecedentes o requerer no prazo legal*).

anteriores e se a decisão deve ser confirmada ou reformada;⁴³⁰ enfim, verifica-se a fase de comunicação, aqui, dá-se ciência por meio dos órgãos competentes aquilo que ficou decidido.⁴³¹ Tanto Celso Antônio Bandeira de Mello quanto Cretella Júnior não se referem à fase recursal e menos ainda, à fase de execução da decisão.

9. Conceituando o processo administrativo.

O processo disciplinar e sua natureza: penal e civil.

A definição de processo administrativo não é unânime. Para José Gascón y Marin, seria “... *a forma jurídica a que está sujeita a Administração para que seus atos produzam efeitos jurídicos*”, noutro aspecto considera que são “*as reclamações ou recursos que o particular pode interpor contra resoluções da Administração*”.⁴³² Esta definição representa uma redução do fenômeno processual administrativo à forma procedimental, tal qual a escola procedimentalista francesa enxerga – ainda hoje – o processo civil. Historicamente falando, designa um estágio evolutivo já superado.⁴³³ O que se verifica é que os autores europeus continentais conceituam o processo administrativo como o conjunto de atos praticados no âmbito administrativo pelo Estado, tendentes à aplicação do direito material e difere do processo comum, porque este é constituído pela atuação dos órgãos judiciários, ao passo que aquele se queda restrito à atuação de órgãos administrativos que estarão sujeitos (Administração e administradores) à observância do

⁴³⁰ Não existe, também, no processo administrativo, a exigência do princípio da identidade física do juiz (artigo 132).

⁴³¹ BANDEIRA DE MELLO, op. cit. p. 164 e segs.

⁴³² Ap. CRETELLA JÚNIOR, op. cit. p. 28.

⁴³³ Uma conceituação mais distanciada desta idéia é encontrada em Gasparini: “*A locução processo administrativo é formada pelo substantivo processo e pelo adjetivo administrativo. Enquanto processo designa o conjunto de atos ordenados, cronologicamente praticados, e necessários a alcançar uma decisão sobre certa controvérsia, administrativo indica, além da sede em que se desenvolve o processo, a natureza do litígio. Assim, tecnicamente pode-se definir o processo administrativo como o conjunto de atos ordenados, cronologicamente praticados e necessários a produzir uma decisão sobre certa controvérsia de natureza administrativa. De sorte que somente os processos administrativos que encerram um litígio entre a Administração Pública e o administrado (recurso contra lançamento tributário) ou o ser servidor (aplicação de pena disciplinar) são merecedores desta denominação*”. GASPARINI, Diógenes, op. cit. p. 557.

conjunto de regras e princípios jurídicos administrativos.⁴³⁴ Mais uma vez percebe-se uma atrelagem do processo administrativo com a atividade estatal que vincula a atuação do administrador quando deve editar um ato administrativo perante o administrado.⁴³⁵

No Brasil parte da doutrina circunscreve a atuação do processo administrativo ao resguardo dos interesses do Estado na atividade administrativa. Sua finalidade consiste em assegurar a observância dos princípios disciplinadores da atividade dos órgãos estatais e também a dos particulares que perante o Estado postulam pleitos através de petições e de recursos. Neste contexto, Cretella o considera como “... a série ordenada de atividades da Administração que prepara a edição do ato administrativo”.⁴³⁶

A expressão processo administrativo designa o gênero abrangedor de várias espécies, tais como o processo administrativo tributário, previdenciário, criminal, licitatório, disciplinar, dentre outros.⁴³⁷ Processo administrativo disciplinar é aquele que envolve um administrado ou um funcionário e pode ser de natureza penal ou cível, a depender do caso. Mas não há como não admitir que as partes no processo administrativo quedam-se em insofismável desigualdade, eis que a Administração ficará sempre em situação de preclara superioridade na medida em que participa do processo como litigante, e, ao mesmo tempo o julga, participa como juiz. Isto fere frontalmente a idéia de processo, no sentido estrito do termo. É que a relação processual deve assegurar um princípio basilar (albergado no processo civil, penal e trabalhista), insculpido, inclusive, na Constituição da República como garantia do cidadão e dos administrados, que é o princípio da isonomia das

⁴³⁴ Gabino Fraga, por exemplo, considera processo administrativo “... o conjunto de formalidades que precedem e preparam o ato administrativo”. FRAGA, ap. CRETELLA JÚNIOR, op. cit. p. 30.

⁴³⁵ CRETELLA JÚNIOR, op. cit. p. 31.

⁴³⁶ E acrescenta: “... processo administrativo é o conjunto de atos praticados na esfera administrativa quer apenas pela Administração, quer pela autoridade competente e pelo administrado, até a decisão final da autoridade competente, nessa esfera. É o conjunto de iniciativas da Administração, que envolvem o servidor público, possibilitando-lhe a mais ampla defesa, antes da edição do ato final, decisão que o absolve ou o condena, depois de analisar-lhe a conduta que teria configurado, por ação ou omissão, ilícito administrativo, funcional, disciplinar ou penal”. CRETELLA JÚNIOR, op. cit. p. 33.

⁴³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit. p. 585. Gasparini demonstra que: “O processo administrativo pode versar os mais diversos temas. Pode tratar da padronização de um bem, cuidar da investigação de um fato, visar a aplicação de uma pena, objetivar uma decisão, encerrar uma denúncia, consubstanciar uma sugestão, exigir um tributo, comprovar o exercício do poder de polícia, visar a apuração de certos fatos e a indicação dos respectivos autores. Estes temas, a exemplo de outros, podem ser objetivos do processo administrativo. O objeto é, portanto, o tema versado no processo administrativo”. GASPARINI, Diógenes, op. cit. p. 560-1.

partes. Veja-se que os adversários no processo civil quedam-se sempre em iguais condições processuais de exercer a postulação, salvo em algumas hipóteses onde a Fazenda Pública goza de certos privilégios claramente inconstitucionais, que serão mais bem estudados em tópico adiante. Mas tais privilégios da Fazenda no processo civil não chegam a comprometer a igualdade material, pois apenas representam vantagens procedimentais e, principalmente, porque quem o julga é o juiz – órgão independente da função administrativa.

Um fato relevante chama-nos à atenção e consiste na adoção pelo constituinte da expressão ‘*processo administrativo*’, o que se constata no artigo 5º da Constituição, inciso LV, onde a norma mor fez constar que “*aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”. Em outra oportunidade o mesmo artigo confirma que o constituinte consagrou, de fato, o ‘processo’ administrativo, pois no inciso LXXII, está escrito: “*Conceder-se-á Habeas Data: (...); b)- para retificação de dados quando não se prefira fazê-lo por **processo sigiloso, judicial ou administrativo***”. Mais adiante, quando edita normas sobre a Administração Pública, a Constituição, no artigo 37, inciso XXI, consigna: “*Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante **processo de licitação pública***...”. Tratando ainda do mesmo tema a Constituição, desta feita em seu artigo 41, § 1º, II, impõe a instauração de ‘processo’ administrativo antes de haver a perda do cargo de servidor público estável, *verbis*: “*O servidor público estável só perderá o cargo mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa*”.⁴³⁸

Noutro sentido, porém, há de se obter perar que a emenda constitucional nº 19/1998 não manteve a concepção do constituinte originário, pois, se por um prisma preservou a prescrição retrocitada no artigo 5º – e nem podia alterá-la por se tratar de cláusulas imodificáveis -, por outro, menciona expressamente a: ‘*procedimento*’

⁴³⁸ Neste sentido diz Bacellar Filho: “*A partir disto, compreende-se que, quando a Constituição Federal de 1988 adota a expressão ‘processo administrativo’, a escolha vá além de preferência terminológica. Comporta o reconhecimento expresso da exigência do regime jurídico processual nas atividades administrativas delimitadas pela Carta Magna*”. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, op. cit. p. 47, nota de rodapé nº 97.

administrativo quando exige: “o *procedimento de avaliação periódica de desempenho assegurada ampla defesa*”, (artigo 40, § 1º, III). Aqui o legislador no exercício da competência constituinte derivada não seguiu a orientação do constituinte originário causando contradição terminológica, pois o meio assecuratório da ampla defesa é o processo administrativo e não procedimento administrativo. Não é crível que a simples menção legislativo-constitucional possa desfigurar toda a construção edificada sobre o tema, assim como deve também, sobretudo, ser sopesado que os dispositivos do artigo 5º constituem-se em cláusulas pétreas, donde se deduz que a par de o legislador ordinário, no exercício da competência constituinte derivada, ter acrescido a expressão *procedimento* onde deveria ter utilizado *processo* administrativo, isso não revoga o pensamento que se sedimentou sobre o processo administrativo, quando muito, poderá trazer à reflexão novos debates acerca da possibilidade da existência de um procedimento administrativo concomitante ao processo administrativo.⁴³⁹

Pois bem, apesar do peso das opiniões favoráveis à adoção da expressão ‘processo’ para designar a atuação da Administração na função supradita, deve-se verificar que o processo não prescinde da dialética. Representa atividade pela qual o juiz busca a verdade partindo das proposições esposadas na tese, bem como na antítese e da contraposição de ambas prolata a síntese. Tal atividade dialética ainda que observável no processo administrativo restaria prejudicada, pois nele não se verifica o fenômeno da *substituição* da atividade das partes pela Jurisdição, pois que a Administração exerce dupla função: de parte e de juiz, ficando sempre em condição de superioridade o que também constitui agressão ao princípio da isonomia das partes litigantes. Isto não quer significar, todavia, que sejamos contrários à sobredita adoção: somos favoráveis, mas com restrições, pois nos parece cristalino que de processo em sentido estrito não se trata. Existe sim processo no âmbito da Administração, mas atípico e não pleno: é mais que mero procedimento e menos que processo *strito sensu*, é processo incompleto, portanto.

Desde 1868, quando Bülow formulou sua teoria das exceções e dos pressupostos processuais, demonstrou-se que processo constitui relação jurídica envolvendo: autor, juiz e réu. O que caracteriza essa relação jurídica é a existência de

⁴³⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, op. cit. p. 47, nota de rodapé nº 97.

institutos distintos e autônomos em face do direito material: as exceções e os pressupostos.⁴⁴⁰ Por silogismo, também podemos dizer que se verificarmos a possibilidade de arguição de exceções no processo administrativo; e se, além disso, pudermos distinguir pressupostos condicionantes da validade de uma decisão administrativa, então poderemos afirmar que de fato o processo administrativo é espécie do gênero processo, porque embute uma relação jurídica subjacente entre os sujeitos processuais envolvidos. Pois bem, volvamos ao exemplo do processo administrativo disciplinar. Nele vislumbramos nitidamente a possibilidade de arguição de prescrição (exceção processual), bem como a existência de requisitos absolutamente dissociados do direito material indispensáveis ao regular desenvolvimento do feito, tais como a necessidade de citação, o direito de defesa, o direito de recorrer, a competência administrativa. Assim delinea-se a existência de direitos e deveres entre os sujeitos do processo administrativo, pelo que, concluímos tratar-se de processo, ainda que atípico.

Vejamos agora como o processo se desenvolve na seara administrativa em relação aos seus sujeitos processuais.

10. Os sujeitos processuais: semelhanças e dessemelhanças entre o processo administrativo e o processo penal.

À semelhança do processo penal, no administrativo a relação processual se verifica entre Estado e administrado (jurisdicionado) ou funcionário, não há, como no processo civil, a existência de partes estritamente particulares, mas sempre se observará a presença do Estado no pólo Ativo da relação.⁴⁴¹

Levando isso em consideração alguns autores preferem denominar os sujeitos do processo administrativo de *interessados* ou de *concorrentes*. Villar y Romero propõe a

⁴⁴⁰ COUTURE, J. Eduardo. *Fundamentos do direito processual civil*. Tradução de Benedicto Giacobini. Campinas: RED Livros, 1999, p. 95.

⁴⁴¹ CRETELLA JÚNIOR, op. cit. p. 35.

adoção da nomenclatura *concorrentes*, pois no direito processual espanhol a expressão *interesado* detém uma tremenda imprecisão, ainda assim, e nada obstante isto, diz que em sede de processo administrativo deve-se aceitar *interesado* como o correspondente de parte no processo civil. Um litigante no processo civil encontra-se em constante contraposição com o adversário que se situa no pólo diametralmente oposto ao seu. No processo administrativo, entretanto, isto não se verifica.⁴⁴² A expressão *parte ou interesado* designa quem se encontra no pólo passivo da relação processual administrativa, como sujeito passivo ou indiciado. Diferentemente da doutrina espanhola, Cretella Júnior considera possível afirmar-se que no processo administrativo exista a negada contraposição de partes, embora reconheça a inexistência de relação angular, porque não raras vezes as *partes* defendem interesses antagônicos “... *os administrados, pleiteando os direitos que a lei lhes faculta, a Administração velando para que os deveres sejam observados...*”.⁴⁴³

Não se pode olvidar que na ação penal o órgão estatal que acusa não é o mesmo que julga. Numa polaridade encontra-se o Ministério Público (exercendo função inconfundível com a jurisdicional) representando a sociedade que fora agredida e que sempre será sujeito passivo nos delitos mais graves, noutra, queda-se o acusado, e superposto a ambos encontra-se o Estado enquanto Jurisdição, órgão inteiramente distinto do *parquet* investido na função de julgar em verdadeira **substituição** à atividade das partes. Ademais, percebe-se que existem ainda as chamadas ações penais privadas, nas quais – como já afirmado acima - não se verifica aquela participação do Estado como órgão acusador, pois, a presença do MP faz-se exigível apenas na função de fiscal da lei.

Neste sentido, é evidente que a relação processual administrativa somente pode receber tal denominação se considerada como relação atípica. E isto é assim, porque, dentre outros aspectos, nela não se verifica a exigida **substituição da atividade das partes** pela do juiz,⁴⁴⁴ restando incontroversa a agressão ao princípio processual-constitucional da isonomia, repita-se. Se não há substituição da vontade das partes, haverá a prevalência de uma sobre a outra. É o mesmo que numa partida de futebol um dos times que a disputa seja, ao mesmo tempo, competidor e árbitro da mesma partida. O princípio da isonomia é

⁴⁴² VILLAR y ROMERO, ap. CRETILLA JÚNIOR, op. cit. p. 36.

⁴⁴³ CRETILLA JÚNIOR, op. cit. p. 36-7.

⁴⁴⁴ Observe-se que o juiz não substitui as partes, mas, apenas, as suas atividades.

corolário dos Estados Democráticos de Direito e consiste em se ofertar igual tratamento aos litigantes que se encontrem nas mesmas condições. Não se argumente que a isonomia no processo administrativo consiste no oferecimento de tratamento idêntico aos que estão em situações idênticas: o administrativo ou o funcionário.

Tomando como exemplo a relação tributária e o respectivo processo administrativo fiscal verifica-se a superposição do sujeito ativo sobre o passivo.⁴⁴⁵ Perde importância o fato de o órgão administrativo julgador não ser o mesmo que concretizou a autuação de um contribuinte irregular, por exemplo. Mas ganha relevância o fato de a mesma função administrativa ser, também, a mesma que procederá ao julgamento de dada lide administrativa, mormente quando isso tudo ocorre num país que adotou o sistema de jurisdição única inspirado no sistema norte-americano, que, por sua vez, inspirou-se no inglês.⁴⁴⁶ E sob este aspecto o processo administrativo não logra o status de possuir a natureza jurídica de relação jurídica típica.

No processo penal, apesar de o Estado vir representado tanto no pólo ativo quanto na função de julgar, trata-se, na verdade de uma dupla representação; ao acusar no processo penal, o Estado faz-se presente pelo Ministério Público – cuja função precípua é defender a sociedade e não o interesse da Administração Pública; ao julgar, no processo penal, o Estado está representado por outro órgão – o juiz – pertencente a outra função de poder. No processo administrativo a situação é bastante distinta, pois inexiste esta separação de funções, mesmo a despeito da existência de órgãos administrativos com funções diferenciadas, o julgador, por exemplo, está subordinado ao princípio da hierarquia, de modo que não pode contrariar decisão de autoridade superposta à sua, hierarquicamente falando. Além de tudo isso, a coisa julgada administrativa sofre restrições em relação às suas congêneres civil, penal e trabalhista, pois é lícito ao judiciário anular decisões proferidas em processos administrativos, revelando um inegável grau de relatividade da autonomia do processo administrativo.

⁴⁴⁵ BRITO, Edvaldo. *Ampla defesa e competência dos órgãos julgadores administrativos para conhecer de argumentos de inconstitucionalidade e/ou ilegalidade de atos em que se fundamentem autuações. Processo administrativo fiscal. In Processo administrativo fiscal.* Coordenador: OLIVEIRA ROCHA, Valdir. São Paulo: Dialética, 1997, p. 44-45.

⁴⁴⁶ Apesar de no seu nascedouro o Brasil tenha filiado-se ao sistema francês.

No processo penal fica clara a ocorrência da substituição da atividade das partes pela jurisdição, tanto que Pontes registra tratar-se de relação processual angular.⁴⁴⁷ Portanto, é de relação jurídica processual típica que trata o processo penal. No processo administrativo não existe a substituição da atividade das partes pela função jurisdicional, pelo contrário, há uma indisfarçável super e sobreposição da Administração em relação ao administrado ou ao funcionário, portanto, é de relação jurídica processual atípica que trata o processo administrativo.

11. A relação processual administrativa como relação processual atípica.

A par de todas as teorias explicativas sobre a natureza jurídica do processo, prepondera a da relação jurídica de Bülow. Até mesmo a teoria da instituição – adotada por Couture – e que historicamente é bem mais recente que anterior, reconhece que o processo constitui-se num conjunto de relações jurídicas.⁴⁴⁸ Partindo dessa premissa, pode-se estabelecer que se a relação processual típica é aquela que envolve autor, juiz e réu, que se intercomunicam em esquema de angularidade; a atípica é ocorrente apenas entre autor e Estado – linearmente, no âmbito do processo civil; e de forma superposta no administrativo.

No processo civil em alguns casos a relação jurídica processual pode ser considerada como atípica em razão da não angularização. Como vimos item 09 do capítulo 03, só haverá angularidade onde houver contenciosidade. Uma vez provocado o Estado e, verificando este que a petição inicial é inepta, a saída é indeferi-la consoante o artigo 295. E nos casos de indeferimento da inicial, diz o código, agora no artigo 267: “*Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito: I – quando o juiz indeferir a petição inicial;...*”. Ora, como prolata o CPC, não se pode negar que houve **processo**, não se pode negar que houve

⁴⁴⁷ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo I. p. XXI.

⁴⁴⁸ COUTURE, J Eduardo. *Fundamentos do direito processual civil*. Tradução de Benedicto Giacobini. Campinas: RED Livros, 1999, p. 102-3.

relação processual atípica. E esta se dera apenas entre autor e Estado, que, detentor do poder-dever de dizer o direito (*jus dicere*), fulmina a pretensão (no sentido processual) de verificação da existência do alegado direito material. É certo que relação processual em sentido estrito, não houve mesmo. Mas também não se pode negar que existiu um procedimento entre um particular e o Estado, procedimento administrativo-judicial.⁴⁴⁹ E tanto isto é verdade que antes da vigência da lei nº 8.952/94, que alterou o artigo 296, quando ocorria uma tal hipótese e o autor, inconformado, apelasse, o juiz ao processar o recurso estava obrigado a cientificar a parte ré para, se quisesse, acompanhar o julgamento da apelação.

Observamos somente poder-se falar de relação processual típica quando, coexistirem todos os seus elementos, ou seja: todos os sujeitos processuais – autor, juiz e réu –; todos os pressupostos processuais – objetivos e subjetivos –; e ainda o requisito da contenciosidade. A falta de qualquer um daqueles pressupostos significa que a relação processual não se formou, ou não se desenvolveu validamente, tendo aplicação o inciso IV do artigo 267 do CPC. Deve-se ressaltar que as condições da ação (a possibilidade jurídica do pedido, legitimidade para a causa e interesse processual de agir) são irrelevantes para a caracterização da relação processual típica, pois que atreladas ao mérito. Faltando um só dos pressupostos processuais o processo deve ser extinto pelo exato motivo da não conformação válida ou desenvolvimento regular da relação processual. Já a verificação judicial das condições da ação é exame a ser procedido após se saber que há relação de processo. Inconfundíveis, como ensinou Chiovenda, são os conceitos de ação com o de relação processual: “*Uma coisa é, pois, a ação, outra a relação processual; aquela compete à parte que tem razão, essa é fonte de direito para todas as partes*”.⁴⁵⁰ Não se esqueça, contudo, que este autor concebia a ação como um direito concreto: a sua procedência importaria no acatamento do pedido (mérito)

⁴⁴⁹ É preferível a expressão administrativo-**judicial** a administrativo-jurisdicional, pois o juiz não deve praticar ato jurisdicional quando constatar que a instauração da instância não reúne todos os pressupostos processuais.

⁴⁵⁰ CHIOVENDA, Giuseppe, op. cit. p.57.

O CPC determina que somente haverá relação processual típica quando o sujeito processual demandado tomar ciência da propositura de ação contra a sua pessoa.⁴⁵¹

Um outro detalhe de relevada importância para a determinação da tipicidade da relação processual, é que se verifique a presença de todos os sujeitos processuais. Além disso, a presença do sujeito-juiz caracteriza-a pelo fato de que a jurisdição ao tomar, para si, a prerrogativa de dizer o direito o faz em substituição. Transmutando a análise para a relação processual administrativa, tal fator constitui-se num obstáculo de difícil superação para a admissão da relação-processual-administrativa como relação-processual-típica. *A priori*, pode-se afirmar: de relação processual típica não se trata. E não se trata porque lhe falta a presença de um de seus sujeitos: o juiz. Ainda que se afirme que os tribunais de contas, ou os tribunais tributários possuam órgãos diferenciados da Administração criados especificamente para julgar contas ou relações tributárias, administrativamente falando, jamais, agora jurisdicionalmente falando, haverá aqui o requisito da substituição da atividade das partes pela do Estado-Jurisdição.

Na relação processual administrativa é o próprio Estado-Administração (função-administração) que impulsiona o procedimento, ao mesmo tempo em que este mesmo Estado-Administração decidirá a lide administrativa, pois o princípio da inércia não incide nesta espécie. E nem mesmo nas hipóteses em que a decisão seja favorável ao particular, nem aqui, se poderá afirmar que houve relação processual típica.

Por tudo isso é possível reforçar a conclusão pela admissão da autonomia do processo administrativo, pela sua inserção no gênero processo como espécie deste, mas com a ressalva de que jamais possuirá a essência de relação jurídica processual típica. É possível, malgrado isso, concebê-lo como um conjunto de atos praticados e relações jurídicas efetivadas sob o pálio da Administração Pública, numa relação jurídica processual atípica, tendentes a resolver uma lide administrativa, sem exclusão, todavia, de futuro

⁴⁵¹ Pois consigna em seu artigo 263, parte final: “... *A propositura da ação, todavia, só produz, quanto ao réu, os efeitos mencionados no artigo 219 depois que for validamente citado*”. No mesmo sentido, voltando a Chiovenda: “*Constitui-se a relação processual com a demanda judicial no momento em que se comunica à outra parte (...), porquanto, não se pode estatuir sem que se haja ouvido ou citado a parte contra quem se propôs a demanda*”. Ibidem, p.58.

exame pelo Judiciário de qualquer lesão, ou ameaça de, a direito que possa sofrer o particular, o funcionário, ou até mesmo a própria Administração.

CAPÍTULO 05

DA RELAÇÃO PROCESSUAL ELEITORAL.

1. Justificação taxonômica.

Este capítulo pretende efetuar uma taxonomia da relação processual eleitoral na teoria geral do processo. Metodologicamente, partir-se-á de um breve enfoque da disciplina “Direito Eleitoral” e de sua vinculação ao Direito Constitucional. Observar-se-á que esta vinculação, todavia, não implica numa não autonomia do Direito Eleitoral. Nada impede que uma ciência possa e deva recorrer a princípios e conceitos de outra ou de outras ciências. O direito, na verdade, é um todo orgânico e a autonomia de cada um dos seus ramos não passa de uma forma de revelação, estudo e exame de todo o conjunto jurídico.⁴⁵²

O direito eleitoral é ciência jurídica autônoma e sua autonomia resta demonstrada pela independência didática, legislativa e substancial (jurídica) com regras e princípios próprios. Para atingir uma principiologia específica do direito processual eleitoral partiremos da análise dos princípios constitucionais, para adentrarmos na classificação principiológica proposta por Pinto Ferreira que aponta quatro princípios

⁴⁵² MENDES DE CERQUEIRA, Manfredi. *Matéria eleitoral*. 2. ed. Cejup. 1983, p. 16.

básicos desta disciplina jurídica: o lógico, o jurídico, o político e o econômico. E, depois, abordar outros princípios propostos pelo professor Nilzardo Carneiro Leão, volvidos para o direito processual eleitoral.

Em seguida passar-se-á a trabalhar a doutrina de Chiovenda que anota como sendo o fator caracterizador da Jurisdição a *substituição* da **vontade** das partes, mas não das partes em si mesmas. Em continuidade será estudada a relação processual eleitoral na teoria da ação com análise crítica acerca da classificação proposta por José Amado Nascimento e aceita por Pinto Ferreira e Tito Costa. *Data venia*, divergimos dessa classificação porque nos parece completamente dissociada da construção teórica sedimentada, pois confunde ação com processo quando concebe a ação no sentido formal, quando é consabido que processo e ação são institutos absolutamente distintos e inconfundíveis. Como visto, processo é relação jurídica secundária, no sentido exato de Lourival Vilanova, já a ação é tida pela doutrina dominante como direito – não sem certa controvérsia, cabendo aqui a lembrança de Pontes de Miranda que brilhantemente defende tese contrária em seu Tratado das Ações, obra que ele mesmo considerou como a melhor que escreveu. Aliás, não se olvide que Alfredo Buzaid quando redigiu o nosso CPC, adotou, na íntegra, a teoria eclética da ação formulada por Liebman, que distingue pressupostos processuais de *condições da ação*, embora nos pareça claro que as condições da ação atrelam-se ao mérito. Também não parece acertada a teorização da *ação material*, que, de acordo com José Amado Nascimento e João Mendes, seria a relação de direito a ser declarada pelo juízo: confunde ação com relação jurídica, além de destoar da classificação proposta por Pontes de Miranda.

2. Do direito eleitoral e sua principiologia.

O direito eleitoral surgiu à ilharga do direito constitucional. É representado por um sistema de normas de direito público que regem as relações entre os cidadãos e a

comunidade política a que pertencem.⁴⁵³ No sítio do direito eleitoral é possível distinguir direitos que são pré-eleitorais e que se repartem entre as espécies de sufrágios: há um sufrágio ativo, que abrange o alistamento, a votação e a apuração; e outro passivo onde se delimitam o registro, a votação, a apuração e a diplomação.⁴⁵⁴ O direito eleitoral variará conforme a opção constitucional acerca do sistema político envolvente do regime e da forma de governo. O direito constitucional, por seu turno, elege os princípios que orientarão o sistema de direito constitucional positivo.

O direito eleitoral hodiernamente constitui-se num ramo autônomo da ciência dogmática do direito, isto é certo, mas também é certo que ele continua vinculado ao direito constitucional. A função do direito eleitoral não é outra que não a de disciplinar os direitos envolvidos pelo processo eleitoral e estabelecer, ao lado de tais direitos, os deveres dos cidadãos na formação do governo, tudo de acordo com a opção constitucional. Objetiva, enfim, o correto provimento dos cargos eletivos evitando fraudes no alistamento, votação e apuração.⁴⁵⁵ O direito eleitoral, porém, apesar de se quedar vinculado ao direito constitucional, constitui-se num ramo autônomo da ciência do direito, pois não há que se confundir autonomia com isolamento. Aliás, como adiantamos acima, nada impede que uma ciência possa e deva recorrer a princípios e conceitos de outra ou de outras ciências.⁴⁵⁶

Que o direito eleitoral é ciência jurídica autônoma não resta dúvida, na medida em que se vislumbra facilmente sua autonomia: didática, legislativa e substancial (jurídica), que demonstram suas regras e princípios próprios.

3. Dos princípios informativos do direito processual eleitoral.

⁴⁵³ Ibidem, p. 15.

⁴⁵⁴ FERREIRA DA COSTA, Elcias. *Compêndio de direito eleitoral*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1978, p. 135.

⁴⁵⁵ Ibidem, p. 16. Aliás, sobre a forma de provimento dos cargos eletivos em toda a história do Brasil, veja-se MOREIRA REIS, Palhares. *As eleições indiretas no Brasil*. Vols. I e II. Recife: UFPE.

⁴⁵⁶ MENDES DE CERQUEIRA, op. cit. p. 16.

Para fins de abstração metodológica deve restar esclarecido que não se pretende aqui analisar o direito eleitoral material. Pois bem, em relação ao processo eleitoral constata-se, de plano, sua autonomia principiológica ante a revelação da existência de princípios informativos e princípios fundamentais: os primeiros são axiomas que abrangem os princípios lógico, jurídico, político e econômico; os segundos são os princípios gerais do processo. O *princípio lógico* está a determinar que o processo eleitoral deve possuir uma estrutura lógica e que todos os seus atos devem ser presididos por uma tal finalidade lógica e culminar com uma sentença revestida com a autoridade da coisa julgada. O *princípio jurídico* designa que o direito processual eleitoral está submetido a um ordenamento jurídico que lhe pressupõe e que deve ser obedecido, independentemente de estar positivado em legislação codificada ou esparsa. O *princípio político* prende o direito processual eleitoral a determinadas tipologias políticas adotadas pelo poder constituinte. O *princípio econômico* impõe ao legislador buscar atingir o máximo de resultados em relação à verdade dos resultados eleitorais, bem como da segurança do voto, com o mínimo de esforço.⁴⁵⁷

Não poderíamos deixar de registrar a lição do professor Nilzardo Carneiro Leão, no sentido de que o direito processual-penal-eleitoral tem como princípios orientações que lhe outorgam autonomia científica, ao mesmo tempo em que permitem, em face de seu conteúdo formal, que a ação penal eleitoral possa desenvolver-se nos limites traçados pela Constituição, garantindo as liberdades individuais. Assim, pode-se enumerar os princípios da *legalidade, da obrigatoriedade, do contraditório e da verdade material*.⁴⁵⁸

4. Da relação processual eleitoral.

⁴⁵⁷ FERREIRA, Pinto. *Código eleitoral comentado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 23.

⁴⁵⁸ CARNEIRO LEÃO, Nilzardo, ap. RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 550-60.

Manfredi Mendes de Cerqueira, que apenas dedica três páginas ao tema da relação processual eleitoral, mostra que na sistemática do processo eleitoral as lides eleitorais ocorrem da mesma forma das referentes aos demais ramos do direito: “Ocorrem a ação, o direito processual e o direito penal eleitorais. Há entre eles um perfeito encadeamento, com a presença do caráter dialético ou contraditório”.⁴⁵⁹ Coube a Fávila Ribeiro a constatação de que em ambiência eleitoral a expressão *direito processual* quedou-se reservada para designar, apenas, a atividade jurisdicional desprezando-se os processos legislativo e administrativo. Entretanto, todos eles têm uma filiação comum residente no direito constitucional. Cada um dos ramos do direito processual volve-se em direções distintas em conformidade com a respectiva função estatal a que se encontra vinculado. Apesar de as vertentes do direito processual terem uma raiz comum, é factível que os processos judicial e administrativo destinem-se a conferir efetividade às normas jurídicas. Ao passo que o processo legislativo tem escopo diverso, qual seja, o de regulamentar a positivação das regras de direito. Isso revela que a diferenciação do processo eleitoral em face dos outros ramos do processo não se limita a distinções de conteúdo temático, outrossim, sobreleva-se como diferencial de estrato.⁴⁶⁰

De qualquer forma, é bem verdade que a solução de conflitos não é prerrogativa *exclusiva* das funções de poder executivo ou judiciário. Não podemos olvidar que o processo de *impeachment* contra os chefes do poder executivo, que obedece a padrões dialéticos característicos do processo judicial, é de competência do poder legislativo mesmo que sob a presidência do Presidente do órgão máximo do Judiciário. Nisso se assemelha com o processo judicial, mas os efeitos da decisão processual-legislativa serão de natureza política, como ocorre com a decretação da perda do mandato e a inabilitação para se candidatar por determinado período ou a proibição de exercício de cargos públicos. Mas os órgãos legislativos também têm poder

⁴⁵⁹ MENDES DE CERQUEIRA, Manfredi, op. cit. p. 129.

⁴⁶⁰ RIBEIRO, Fávila, op. cit. p. 541-2.

de aplicar sanções disciplinares aos seus membros podendo acarretar a perda do mandato, inclusive.⁴⁶¹

Tito Costa, recorrendo às expressões direito substantivo e direito adjetivo, diz que no direito eleitoral é plenamente possível distinguir as espécies de leis de cada um. Para ele, leis substantivas ou materiais-eleitorais são aquelas que definem direitos e deveres dos cidadãos, dos candidatos, dos eleitores, dos partidos políticos, são as que definem ilícitos ou crimes eleitorais. Já as leis adjetivas (formais) são as destinadas à aplicação das leis substantivas e que permitem a formalização dos deveres eleitorais, como os de alistamento, arguição de inelegibilidades, impugnações de eleições ou diplomações, apurações e julgamentos de ilícitos eleitorais. No Brasil, como não temos um código de processo eleitoral, mas apenas o código eleitoral, a lei das inelegibilidades, lei orgânica dos partidos políticos e poucas outras, elas são, ao mesmo tempo, leis com preceitos substantivos e adjetivos, servindo, portanto, de supedâneo ao processo eleitoral.⁴⁶²

De nossa parte, discordamos dos que classificam as leis em substantivas e adjetivas, aquelas designando o denominado direito material (o direito que define condutas interpessoais em nível linear) e estas o direito adjetivo (o direito que atua quando aquelas condutas são violadas ou ameaçadas de violação). Ora, sem o direito processual o fenômeno *direito* não existiria. E o direito processual, como muito bem denotou Oskar Bülow, é tão autônomo quanto o chamado direito substantivo. Isso fica muitíssimo claro quando nos deparamos com a ação declaratória negativa. Esta ação não pretende, absolutamente, aplicar o direito, chamado substantivo. Pelo contrário, sua causa de pedir remota não reside na existência de uma relação de direito material, o que tenciona é provar que esse tal direito ‘material’ não existe. Aqui, o que se vê é o direito processual existir e desenvolver-se validamente sem que exista o direito material, mas a recíproca não é necessariamente verdadeira.⁴⁶³ Logo, é equivocada a idéia de que o sistema de leis que define e determina o atuar das pessoas e demais entes jurídicos não personificados (espólio, massa falida, etc.) em suas relações sem a presença da

⁴⁶¹ Ibidem, p. 543.

⁴⁶² COSTA, Tito. *Recursos em matéria eleitoral*. 4. ed. São Paulo: RT, 1992, p. 20-1.

⁴⁶³ Casos com o da decadência, por exemplo, também dão conta de processo sem direito material.

jurisdição, seja tido como sistema do direito ‘substantivo’. Discordamos disso porque o outro sistema de normas, aquele que define e determina o atuar das pessoas e demais entes jurídicos em suas relações, agora, com a interferência da jurisdição, não adjetiva coisa alguma. É tão substantivo quanto o outro sistema de normas. Ambos os sistemas, conjuntamente considerados, conformam o sistema completo de direito positivo: um não existe sem o outro, então ambos são substantivos; um representa o direito no âmbito não conflituoso, estático, primário, linear; outro, o direito em sua concreção no âmbito conflituoso, dinâmico, secundário, angular. O eminente professor Elcias Ferreira Costa observa que as leis materiais eleitorais tipificam hipóteses de delimitação aos direitos pré-eleitorais e pré-constitucionais atributivos de efeitos jurídicos a fatos já, antes, tipificados, capazes e aptos a gerarem efeitos eleitorais.⁴⁶⁴

No direito processual eleitoral o direito de ação é exercido normalmente, na medida em que se violam direitos eleitorais tais como os que regulamentam a filiação partidária, o registro de candidaturas, etc. Releva-se o fato de que a legislação processual subsidiária que deve embasar o processo eleitoral, por infração eleitoral, será o código de processo penal.⁴⁶⁵ O cidadão ou eleitor é parte legítima para oferecer a *notitia criminis* à autoridade competente, para que esta tome as providências cabíveis. Diferenciando o processo eleitoral do processo penal, Manfredi Mendes de Cerqueira aponta os seguintes aspectos: no processo penal o réu deve ser interrogado, no processo eleitoral não; no processo penal permite-se a figura do assistente do Ministério Público, no processo eleitoral isso não é possível.⁴⁶⁶

No âmbito cível, Pinto Ferreira desenvolve uma teoria do processo eleitoral brasileiro assinalando que o progressivo caráter publicista do processo civil concretiza-se com maior precisão no processo eleitoral, porque neste haverá uma maior presença dos interesses da comunidade. Na legislação eleitoral restaram condensados preceitos dominantes do processo civil-eleitoral e do penal-eleitoral. O vigente código eleitoral

⁴⁶⁴ FERREIRA COSTA, Elcias, op. cit. p. 135.

⁴⁶⁵ Consoante determina o artigo 364 do código eleitoral: “No processo e julgamento dos crimes eleitorais e dos comuns que lhes forem conexos, assim como nos recursos e na execução, que lhes digam respeito, aplicar-se-á, como lei subsidiária ou supletiva, o Código de Processo Penal”.

⁴⁶⁶ MENDES DE CERQUEIRA, Manfredi, op. cit. p. 130.

chega a definir os crimes eleitorais, as penas cominadas, bem como a respectiva ação que será sempre de natureza pública.⁴⁶⁷

5. Uma crítica à taxonomização de José Amado Nascimento. João Mendes Júnior e a distinção entre ação-direito, ação remédio-de-direito, ação litígio e ação-processo.

Nesta pesquisa sobre a relação processual eleitoral descobrimos coisas muito interessantes. Tito Costa, por exemplo, diz que o professor Elcias Ferreira Costa, citando o eminente professor pernambucano Pinto Ferreira, afirmou que este último teria classificado as ações eleitorais sob os prismas: subjetivo, objetivo, material e formal. Mas, quando consultamos a obra do professor Pinto Ferreira, notamos que ao classificar as ações na forma supra ele anotou que tal taxonomia sobre a ação pertence a João Mendes Júnior. E que a idéia de aplicação da sistematização do direito processual civil ao direito processual eleitoral pertence ao sergipano José Amado Nascimento que transpôs a teoria de João Mendes Júnior - elaborada para o processo civil - para o processo eleitoral.⁴⁶⁸

Pois bem, João Mendes Júnior diz-nos que sob o prisma *subjetivo* a ação deve ser considerada em face de sua *causa eficiente*, porque é um atributo do sujeito, ou seja, constitui-se num direito do autor de requerer ao juízo aquilo que lhe é devido. Sob o enfoque *objetivo* a ação é considerada em relação à sua *causa final*. É meio ou remédio jurídico de se postular ao magistrado que imponha a quem esteja obrigado à determinada conduta (omissiva ou comissiva) que efetivamente a cumpra. A ação sob a consideração *material* é enfocada em face de sua causa material, é a lide deduzida em juízo acerca de uma relação jurídica. É o próprio pleito, a própria demanda. Na modalidade *formal* a ação é focalizada frente à sua causa formal, é o processo, a ação é vista como uma série ordenada de atos formalizados pela lei vertida para o juízo sobre

⁴⁶⁷ FERREIRA, Pinto, op. cit. p. 22.

⁴⁶⁸ COSTA, Tito, op. cit. p. 23, e FERREIRA, Pinto, op. cit. p. 25.

uma causa ou relação de direito. João Mendes conclui sua teoria assinalando que ela se constitui numa abstração que implica numa distinção conceitual, todavia não significa uma separação na coisa estudada. Apenas por abstração é possível distinguir a ação-direito, da ação-remédio-de-direito, da ação litígio e da ação-processo.⁴⁶⁹ E em relação àquela classificação de José Amado Nascimento, agora volvida para o direito processual eleitoral, em sua obra *O Fenômeno Eleitoral*, temos a ação estudada sob aqueles quatro enfoques com a seguinte feição:

I- *A ação subjetiva* é o direito público subjetivo de que dispõe a parte legitimada (o cidadão, o partido político) de pleitear junto à jurisdição eleitoral o asseguramento de seu direito de votar e ser votado; a *ação objetiva* é caracterizada como sendo o meio indicado pela lei para que se possa exercer o direito de ação, enquanto meio de se postular algo ao juiz eleitoral, é concebida como os institutos jurídicos da ação na forma em que a lei eleitoral dispôs; a *ação material* é a relação de direito a ser declarada, ou seja, é a situação jurídica que será definida frente aos direitos eleitorais; e a *ação formal* é entendida como sendo o próprio processo eleitoral, assim, a série ordenada de atos estabelecidos pela lei eleitoral para o exercício do direito de ação, bem como para que possa a jurisdição dizer o direito.⁴⁷⁰

Data venia, essa classificação, tanto na forma originária quanto na volvida para o direito processual eleitoral, parece-nos completamente dissociada da construção teórico-científica já sedimentada. Confunde ação com processo quando concebe a ação no sentido formal. Ora, hodiernamente é consabido que processo e ação são institutos absolutamente distintos e inconfundíveis: processo é relação jurídica, já a ação é direito subjetivo ao exame judicial de uma pretensão. Também não nos parece acertada a teorização da *ação material*, que, de acordo com José Amado Nascimento, seria a relação de direito a ser declarada pelo juízo. Confunde ação com relação jurídica. Embora, de fato, seja a ação de direito material de cunho concreto, uma coisa é o conceito de ação, outra é o de relação processual.

⁴⁶⁹ MENDES, ap. FERREIRA, Pinto, op. cit. p. 26.

⁴⁷⁰ Ibidem, p. 26.

Anotamos que Lourival Vilanova tem o mesmo entendimento sobre o conceito de ação de direito material que acabamos de expor, divergindo, totalmente, do adotado por João Mendes, José Amado Nascimento, Pinto Ferreira e Tito Costa. Como vimos no item 17 do capítulo 03, Vilanova, recorrendo a Pontes de Miranda, subdividiu a ação em ação de direito processual e ação de direito material. Existe na relação jurídica de direito material, além da *pretensão*, uma correlata *prestação*. Este ato não se inclui na relação de direito processual, mas na de direito material. Do mesmo modo o exigir o cumprimento da prestação, ainda que sem a observância espontânea do devedor, constitui-se em “*expressão da pretensão material, e não a ação como exercício do direito à prestação de tutela jurisdiciona*”.⁴⁷¹

6. Sujeitos processuais e as espécies de relações processuais eleitorais.

No direito processual eleitoral são sujeitos da relação processual: o cidadão brasileiro, o partido político e o juiz eleitoral. O cidadão brasileiro, por ser sujeito-de-direitos-políticos, pode ser sujeito ativo numa relação processual eleitoral quando pretender, exemplificativamente, transferir o seu domicílio eleitoral, ou quando requerer uma segunda via de seu título de eleitor. Pode ainda o cidadão ser sujeito passivo, quando se processa o cancelamento ou exclusão de eleitores, seja pela mudança de domicílio eleitoral, seja por possuir mais de uma inscrição, ou por ter perdido ou por haver sido suspensos os seus direitos políticos, etc. O partido político pode figurar em ambos os pólos de uma relação processual eleitoral. No ativo, quando postular o registro de candidatos afiliados porque aí postula para o juiz eleitoral, podendo, inclusive, interpor recursos. Será sujeito passivo quando atuar na defesa das impugnações de registros de seus candidatos ou quando é acusado de fraude eleitoral.⁴⁷² Além desses partícipes, também o Ministério Público é sujeito da relação processual eleitoral.

⁴⁷¹ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*, p. 125.

⁴⁷² FERREIRA, Pinto, op. cit. p. 27.

Das espécies de relações processuais eleitorais decorre uma tipologia de acordo com a respectiva instância onde o processo desenvolve-se. Então, na primeira instância, ou instância inferior, temos o processo de: inscrição, exclusão ou transferência de eleitor, registro de candidaturas dentre outros. Na segunda instância (entenda-se aí os processos de competência dos TREs), temos o mandado de segurança, *habeas corpus*, etc. Na terceira instância, ou instância superior, tramitam os processos de registros de partidos políticos e seus diretórios nacionais, e também mandados de segurança, *habeas corpus*, etc., como demandas de competência originária.⁴⁷³

Há ainda a **relação processual eleitoral disciplinar**, excluindo-se a atividade exercida pelos órgãos da justiça eleitoral em face de seus servidores, pois se assim não abstraíssemos tal atividade seria de natureza administrativa e não eleitoral. O direito processual-disciplinar-eleitoral, portanto, não se confunde com o direito processual administrativo disciplinar, lastreia-se nas normas jurídicas processuais cuja função é a de aplicar sanções disciplinares específicas deste setor da especialização do direito. Esta vertente do direito processual logrou grande força com a lei 5.682/71, que considerou os partidos políticos como entidades de direito público interno. A partir de então foi estabelecida uma nova sistemática acerca das relações entre os partidos e os seus filiados. A filiação partidária não podia restar submetida ao poder de decisão das chefias, devendo ser livre tanto o ingresso quanto a saída de alguém num partido político. Então temos o poder disciplinar dos partidos que, por sua vez, deve ser exercido em consonância com regras processuais pré-definidas. Neste sentido o artigo 34 daquela lei criou verdadeiro “procedimento” quando estabelece normas para a convocação dos órgãos de deliberação e direção das comissões executivas, tudo sob pena de nulidade, acaso não seja obedecido o devido processo legal.⁴⁷⁴

Dentre as garantias processuais eleitorais daí resultantes, qualquer deliberação em matéria disciplinar partidária deverá ser precedida de publicação do ato convocatório pela imprensa local. Além disso, exige-se a notificação pessoal de cada um dos membros do órgão deliberativo, também a respeito das matérias a serem

⁴⁷³ Ibidem.

⁴⁷⁴ RIBEIRO, Fávila, op. cit. p. 562-4.

discutidas na pauta, porque isso evita surpresas desagradáveis capazes de desfavorecer pessoas não avisadas com antecedência. Com esses traços resta configurada a relação processual disciplinar eleitoral de maneira bastante distinta da relação processual disciplinar administrativa.⁴⁷⁵

Aqui se encerra este capítulo com reforço à conclusão de que o direito processual se constitui no gênero que abrange as várias espécies de direitos processuais. O direito processual eleitoral, por possuir objeto próprio e autonomia legislativa, didática e substancial, constitui-se numa dessas espécies ao lado do direito processual civil, penal, trabalhista e administrativo, mas com as peculiaridades processuais acima enfrentadas. Com este capítulo encerramos a primeira seção da tese, onde apresentamos a base teórica que fundamenta a lógica, o direito e a juscibernética. Demonstramos a possibilidade de interação entre lógica, direito, processo, informática, telemática e cibernética. Da aplicação da tecnologia à experiência jurídica adveio um novo direito e está a nascer, no Brasil,⁴⁷⁶ um novo processo. O surgimento do processo tecnológico permite-nos propor uma nova teoria do fenômeno processual. No caso brasileiro, o projeto de lei nº 5.828/2001, já aprovado na Câmara dos Deputados e encaminhado ao Senado, estabelece a telematização do processo civil, penal e trabalhista. Daí a conclusão pela pertinência de uma nova teoria: para o surgimento factual de um inexperito processo digital oferece-se uma novel teoria para explicá-lo, estudá-lo, taxonomizá-lo. Essa teoria nova, por sua vez, é também geral, considerando que abrangerá o processo judicial como um todo.

O objeto do nosso enfoque, entretanto, centrar-se-á sobre a construção de um novo processo civil e um novo direito processual civil. Por esta razão dedicamos a segunda seção ao estudo do processo de conhecimento, fato que não transfigura o

⁴⁷⁵ Para Frederico Marques a jurisdição eleitoral envolve, em sua maioria, matérias administrativas, sendo exemplo de jurisdição voluntária, pois, ao dissertar sobre esta espécie jurisdicional, disse: “*A Constituição, aliás, deu exemplo disso, ao instituir a justiça eleitoral, cujas atribuições, quase todas de caráter estritamente administrativo, foram ditadas para garantia do jus suffragii, tanto em seu aspecto ativo como passivo. É que o legislador constitucional compreendeu perfeitamente que a órgãos imparciais e independentes é que de preferência se devem vincular as funções destinadas a tutelar direitos subjetivos*”. MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. 1. ed. atualizada, revista e complementada por SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros. Capinas: Millennium, 2000, p. 39-40.

⁴⁷⁶ Na Itália é fato desde 2001.

caráter genérico de nossa teoria na medida em que o processo civil constitui um conjunto de regulamentações de várias espécies de tutelas. Portanto, mesmo estando dentro do sítio do processo civil, ainda assim é possível falar-se de uma teoria geral. Tanto isso é verdade que não são poucas as obras intituladas de *Teoria Geral do Processo Civil*.⁴⁷⁷

⁴⁷⁷ Neste sentido, Frederico Marques intitulou o seu manual de direito processual de: *Manual de direito processual civil. 1º vol: Teoria geral do processo civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. Arruda Alvim fala numa *teoria geral do processo de conhecimento*: ALVIM, Arruda. *Direito processual civil. Teoria geral do processo de conhecimento*. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. Nelson Nery Júnior argumenta com uma *teoria geral dos recursos*, lançada também pela Revista dos Tribunais, 2. ed. 1993, dentre outras obras.

SEÇÃO II

CAPÍTULO 06

DA JURISDIÇÃO

1. Conceito e o problema do monopólio estatal em face da lei 9.307/96.

Jurisdição é função de poder estatal. A etimologia da palavra *jurisdição* designa que sua derivação ocorreu da junção de um substantivo e um verbo latinos: *ius* (direito) + *dicere* (dizer).⁴⁷⁸ Então, etimologicamente falando, jurisdição significa *dizer o direito*. No medievo, porém, jurisdição já significou a competência dos pretórios e a própria ordem jurídica. Numa determinada fase histórica, por volta do século XIII, discutiu-se se a jurisdição deveria

⁴⁷⁸ Nelson Saldanha, porém, acrescentando o sempre indispensável detalhe historicista do direito, neste caso, mais especificamente a história da jurisdição, ensina que já durante o século XIII o grande jurista Bracton distinguiu *jurisdictio* e *gubernaculum*, vejamos: “O ‘gubernaculum’ era a esfera do poder do rei enquanto autor de atos referentes ao governo do reino – atos, no caso, inacessíveis a limitações e impassíveis de questionamentos (inclusive judicial). A ‘jurisdictio’, esfera correspondente à competência dos tribunais, concernia ao direito (...) o direito como ordem específica, dotado de aplicabilidade própria. Em página de tom conclusivo, inserta no capítulo final do livro, Mac Ilwain tenta generalizar os conceitos, propondo que a antinomia entre ‘gubernaculum’ e ‘jurisdictio’ é essencial para a liberdade e para o direito, o direito deve ser mantido sempre contra a vontade arbitrária, através de um judiciário prestigiado”. Mais adiante, o brilhante professor da Faculdade de Direito do Recife, de quem logrei a honra de ser orientando do Curso de Doutorado, explica ainda que, secundando Gustav Boehmer, a existência de uma contraposição entre dois clássicos conceitos: o de *jus strictum* e o de *jus aequum*, observemos: “... as normas pertencentes a uma ordem puramente formal podem ou não, segundo ele, entrar ‘em conflito material com a idéia de justiça’. Estendendo a frase, Boehmer adianta que a luta entre o direito estrito e o direito equitativo existe ‘desde o começo da cultura humana’”. SALDANHA, Nelson. *Estado de direito, liberdades e garantias. Estudos de direito público e teoria política*. 1. ed. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1980, p. 54-5.

ou não se atrelar ao denominado direito estrito ou ao direito eqüitativo. A este respeito, Nelson Saldanha magistra que a vinculação do conceito de jurisdição ao direito eqüitativo é aceitável, é defensável – acrescentamos –, sobretudo, se considerarmos que a evolução das instituições políticas e jurídicas seja algo – como parece ser de fato – progressivo e vinculado ao que vários juristas nominam de *jurisfação* ou *jurisdicização* do poder. Assim, a idéia de jurisdição deve sempre vir ligada à idéia de um direito justo e não meramente legal-formal. Tanto isto é historicamente correto que a supremacia do *due process of law* somente se consolidou com a divisão das funções de poder estatal com a transição do Estado medieval para o Estado moderno-liberal, quando se adstringiu o conceito de jurisdição ao de direito justo.⁴⁷⁹ Admitir o contrário significa uma inaceitável retroação histórica à era do puro ‘*gubernaculum*’, principalmente quando, historicamente falando, a idéia de processo encontra-se presa a do Estado de Direito Social.⁴⁸⁰

Quem exerce a função jurisdicional é o próprio Estado. Mas, agora cingindo-se à experiência brasileira, a partir do ano de 1996 entrou em vigor a lei 9.307/96, que modificou profundamente o instituto da arbitragem. Substancialmente alterou o inciso III do artigo 584 do CPC, para considerar como título executivo judicial a

⁴⁷⁹ “Assim poderemos dar mais um passo e entender que houve (e tem havido) uma substancial relação, ligando-os entre si (os conceitos de jurisdição e justiça), na evolução destes elementos, dentro da experiência jurídica ocidental: garantias (e direitos); ‘supremacy of law’; ‘due process of law’; divisão de poderes; **fixação do conceito de jurisdição e a idéia de direito justo**. Com efeito, a origem das garantias constitucionais se acha vinculada à da supremacia do direito: vários autores têm suscitado este problema. O ‘due process of law’ se consolida através da ‘supremacy of law’ e a divisão de poderes (isto é, o próprio Estado dividido e armado para limitar-se interiormente a si próprio) nasceu, sobretudo, do asseguramento dos poderes dos parlamentos e das prerrogativas do judiciário”. Ibidem, p. 56. Sem negrito no original.

⁴⁸⁰ Sobre a evolução histórica do processo, passando pelos sistemas do processo medieval, processo liberal, processo social e processo socialista, veja-se: VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Direito processual civil. Do antigo ao novo código*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 127-33, onde o autor oferece uma excelente perspectiva histórica das garantias judiciárias do cidadão.

sentença arbitral. Na sistemática anterior a decisão do árbitro, que, reforce-se, não é juiz estatal, para servir como título executivo, e, enfim, embasar um processo de execução, estava condicionada à homologação pelo juiz. Noutras palavras, era a decisão do juiz estatal que consistia no título executivo judicial. Agora não! É a própria decisão do árbitro, a que a lei 9.307/96 outorgou o título de sentença constituindo-a em título executivo judicial, independentemente de homologação do juiz. Observe-se que o legislador não inseriu esta sentença no artigo 585 do CPC, mas no 584, ou seja, poderia tê-la concebido como título executivo extrajudicial, mas não o fez, denunciando a ideologia liberal embutida naquele ato legislativo.

Em face disso não há como negar que o próprio Estado Brasileiro permitiu que uma parcela do poder de *dizer o direito* ficasse a cargo de particulares, sem, todavia, excluir o controle da legalidade, ou constitucionalidade, da sentença arbitral pelos órgãos jurisdicionais estatais. Mas a própria convenção de arbitragem que substituiu o antigo juízo arbitral, possibilitando aos particulares solucionarem suas controvérsias, instituída pela lei 9.307/96, não se constitui em supressão de função jurisdicional do Poder Judiciário. Muito embora, possa a cláusula compromissória gerar pronunciamento jurisdicional reservado ao Poder Judiciário, quando se demanda a obrigação de firmar compromisso.⁴⁸¹

⁴⁸¹ SANTOS, Ernani Fidelis dos. *Manual de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 10-11. É que, de acordo com a Lei nº 9.307/96, a sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral. E a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta (artigo 8º), assim, é possível que a nulidade deste não implique, necessariamente, na nulidade da cláusula compromissória. O compromisso arbitral, por seu turno, segundo a letra da lei (artigo 9º): *é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial. § 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda. § 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.*

Nada obstante isto, a arbitragem deve ser concebida como sendo uma atividade para-jurisdicional, pois apesar das alterações da lei nº 9.307/96, o artigo 575 do CPC, quando tratava da competência das ações de execução, ainda indicava o juízo cível como sendo o competente para executar a sentença arbitral: *A execução, fundada em título judicial, processar-se-á perante: III - o juízo que homologou a sentença arbitral*. Pois bem, mesmo com a recente reforma da lei 10.358/01, que alterou o artigo 575, para dizer que a execução baseada em título judicial deve ser proposta perante (inciso IV): *o juízo cível competente, quando o título executivo for sentença penal condenatória ou sentença arbitral*, mesmo com esta modificação, isto é, mesmo com a supressão definitiva da necessidade de homologação pelo judiciário da sentença arbitral, não há como se conceber a arbitragem como atividade jurisdicional plena.⁴⁸² Isto porque dentre os poderes inerentes à jurisdição, a arbitragem continua a carecer do poder de coerção, embora possa sancionar não pode impor pelo uso da força o comando condenatório, sem falar na restrição de sua atuação aos casos de lides cíveis envolvidoras dos direitos patrimoniais disponíveis.

Ademais, não se pode afastar a incidência da garantia pétrea contida no art. 5º, inciso XXXV, da C.F: *“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*. Depois, mesmo restringindo-se o campo de atuação da arbitragem para as ações cíveis, mesmo assim, há várias espécies de ações cíveis que estão fora de seu âmbito, tais como o mandado de segurança, a ação popular, a ação civil pública, o *habeas data*, o *mandado de injunção*, a execução fiscal, as ações falimentares, as sujeitas à justiça

⁴⁸² Em sentido contrário, NERY JÚNIOR e NERY, Rosa, na op. cit. p. 372-3, dizem: *“Instituído o juízo arbitral por convenção de arbitragem celebrada entre as partes, nele o árbitro é juiz de fato e de direito (LAR 18), decide a lide substituindo a vontade das partes, e sua sentença não fica sujeita a recurso nem precisa ser homologada pelo Poder Judiciário, tendo força de coisa julgada material. Conquanto não seja juiz nomeado mediante concurso de provas e títulos, exerce jurisdição”*. Também Joel Dias Figueira Júnior, na conclusão de sua tese de doutorado, aprovada com louvor e distinção, pronuncia-se: *“A Lei 9.307/96 instituiu terminantemente a jurisdicionalização da arbitragem no Brasil, à medida que lhe atribuiu natureza jurisdicional contratual do seu caráter volitivo privado”*, além de assegurar que esta lei não acarreta qualquer vício de inconstitucionalidade, bem como, que, pelo processo arbitral, é possível manejar-se e obter-se tutelas: *“... declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva em sentido amplo, bem como as tutelas de urgência, aqui compreendidas as acautelatórias, antecipatórias e inibitórias”*. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 287-8.

eleitoral. Sujeitam-se à arbitragem apenas as causas que versam sobre direitos patrimoniais disponíveis.⁴⁸³

2. Funções estatais (primárias e secundárias) e o conceito de jurisdição.

As três funções básicas de soberania do Estado são: a legislativa; administrativa; e a jurisdicional, sendo que todas devem atuar em estrita obediência à Constituição da República. Como a princípio as funções administrativa e jurisdicional devem ater-se ao determinado pelo parlamento - salvo quando o próprio parlamento legisla exorbitando os seus limites ou os princípios de direito, e aí se entenda a expressão limites como estando a designar vedações materiais (explícitas ou implícitas) e formais -, logo, a única atividade realmente primária, no

⁴⁸³ No sentido de que a arbitragem constitui atividade substitutiva da jurisdição, veja-se: ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de direito processual civil*. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 56; e ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 26.

Em sentido contrário, e ao concluir dissertação de mestrado, Ruy Patú manifesta-se: “*Ora, então por que não compartilhamos, efetivamente, esse poder jurisdicional com a arbitragem, munindo-a de poderes processuais capazes de popularizá-la em todo o território nacional? Se o nosso sistema jurídico concede aos particulares o poder de criarem normas, através da liberdade de contratar e estabelecer unilateralmente obrigações, inclusive instituírem pessoas jurídicas à imagem e semelhança do Estado, por que não lhes conceder (ou viabilizar, no nosso caso) igualmente o poder de compor os litígios daí decorrentes? Por que não aproveitar da experiência de outros povos, retirando dos antigos compêndios de direito velhas e revolucionárias fórmulas de prestação de Justiça (lato sensu)? No estrangeiro, a arbitragem está-se constituindo num negócio lucrativo e acessível a todas as pessoas vocacionadas à pacificação. Juízes natos estão a se revelar dia-a-dia, contribuindo com o Judiciário para acabar com o problema crônico de acúmulo de processos e a sua sofrível reputação perante os jurisdicionados. É por tudo isso que nos propusemos a mostrar nesta monografia que o monopólio estatal da prestação jurisdicional é um mito*”. (Sic). PATÚ JÚNIOR, Ruy Trezena. *Conciliação e arbitragem: alternativas à prestação jurisdicional*. Dissertação de Mestrado. Recife: FDR-UFPE, 1998, p. 37. Parece-nos, porém, mais acertada a visão de Flávio Luiz Yarshell, que tipificando a jurisdição como atividade estatal e a ser exercida pelos juízes, exclusivamente, (trata-se de típica função do Poder Judiciário), menciona que: “*Quaisquer outras soluções que, pondo fim a controvérsias, emanem dos próprios titulares da relação material – diretamente ou por intermédio de terceiro – não podem senão ser qualificadas como ‘equivalentes’ jurisdicionais*”. YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 128.

sentido cronológico, é a concernente ao Poder Constituinte, que, por sua vez, também sofre limitações internas e externas, materiais e formais.⁴⁸⁴

Observe-se que a função legislativa também tem de obedecer ao processo legislativo estabelecido pela Constituição. Algumas matérias não podem ser modificadas por nenhuma função estatal, inclusive a legislativa, como ocorre com aquelas enumeradas no § 4º do artigo 60 da Constituição: as cláusulas pétreas. Dentre elas encontram-se matérias processuais, a exemplo da garantia do contraditório que se constitui num princípio processual constitucional albergado no artigo 5º, inciso LV. A regra de que a função legislativa atua antes das outras duas, sofre exceções, mesmo quando se admite o *fechamento hermético* (no sentido autopoietico) do sistema jurídico.⁴⁸⁵ Nem sempre as decisões judiciais são tomadas

⁴⁸⁴ Por Poder Constituinte quer-se designar apenas o que a maioria da doutrina denomina de Poder Constituinte Originário, pois não aceitamos a tese da existência de um Poder Constituinte Derivado, mas, tão somente, de um poder reformador, ou, mais precisamente, de uma *competência constituinte derivada*. Na medida em que atrelamos o conceito de jurisdição ao direito justo, não podemos conceber a idéia de um Poder Constituinte ilimitado. Limitam-no os princípios, como veremos no capítulo 16. Os limites do Poder Constituinte são classificados por Nicolás Pérez Serrano em heterônomos, autônomos e absolutos. **Heterônomos** são os limites impostos ao Poder Constituinte por uma vontade jurídica que lhe é alheia, externa, como é o caso das normas de Direito Internacional Positivo que proíbem a intervenção de um Estado em outro. Limites **autônomos**, são os estabelecidos pelo constituinte, na própria Constituição, exemplifica-o as hipóteses do artigo 60, § 4º, I, da Constituição brasileira que veda a deliberação de proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado, e o artigo 290º, alínea n, da Constituição portuguesa, que retira da Assembléia da República poder para alterar ou suprimir a independência dos tribunais. Por fim, os limites **absolutos** decorrem de uma vontade não-jurídica, mas que obrigam o constituinte a obedecê-los por serem inerentes à própria natureza humana, são exemplos: 1) o de não alterar as leis da natureza; 2) o de não decretar coisas impossíveis ou que choquem a consciência ou resistência da nação; 3) não estabelecer situações que não permitam solução legal, ou que paralise a vida do país; 4) o que fira a independência judicial. SERRANO, Nicolás Pérez. *Tratado de derecho político*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1984, p. 463. Não que desconheçamos a tese *decisionista* de Carl Schmitt, a bem da verdade, logo no início do Curso de Mestrado (1993) chegamos a concordar com ela. Argumentando sobre a inexistência de limites internos, Schmitt diz que: “*Una constitución non se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez. Se apoya en una decisión política surgida de un Ser político, acerca del modo y forma del propio Ser. La palabra ‘voluntad’ denuncia lo esencialmente existencial de este fundamento de validez*”. (Sic). SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza, 1982, p. 94. Tal posicionamento serviu de base para a instituição do Estado Nazista, representa perigosa ideologia que deve ser rechaçada em prol da construção jurisprudencial do direito, atrelando-se a vinculação da jurisdição à idéia de justiça.

⁴⁸⁵ Aliás, sobre o problema do fechamento e da abertura do sistema jurídico, Alexy confere-lhe concepção alopoiética: “*Según la perspectiva positivista, el sistema jurídico es, al menos en lo esencial, un sistema de reglas que se pueden identificar como reglas jurídicas sobre la base de su validez y/o eficacia. Un tal sistema jurídico es siempre, por diversos motivos, un sistema abierto: sobre todo, por causa de la vaguedad del lenguaje del Derecho, la posibilidad de conflictos entre normas y la*

com base em lei anterior, algumas vezes o magistrado julga processos cujo objeto não é nem proibido nem previsto pelo ordenamento jurídico. O fato de um pedido postulado numa ação não ser previsto pelo ordenamento jurídico, não significa que seja *impossível*, juridicamente falando. Então, estaremos diante de uma situação onde haverá a atuação da função jurisdicional sem que tenha havido, precedentemente, a atuação da função legislativa. Também não se argumente que as leis, pelo simples fato de existirem precedentemente, vinculam a atuação do Poder Judiciário.⁴⁸⁶ Frequentemente os juízes, detentores que são de parcela da soberania estatal, decidem contra texto expresso de lei, declarando a inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, de leis ou atos administrativos que afrontem a Constituição. Bem a propósito diz Moncada que a lei reina, mas quem governa é a jurisprudência.⁴⁸⁷

Apesar de a função legislativa ser exercida pelo Poder Legislativo, em algumas hipóteses pode, também, ser exercida pelo Poder Executivo, quando edita, por exemplo, medidas provisórias com fundamento no artigo 62 da Constituição Federal, em casos de

existencia de casos no regulados". ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. Tradução por Manuel Atienza. México: 1998, p. 7.

⁴⁸⁶ O fato de os juízes poderem decidir de forma contrária ao conteúdo da norma material que regulamenta determinada matéria, criando, assim, uma norma individual confrontante com a norma geral, não significa e nem importa em quebra da unidade sistemática. Para Kelsen não existe conflito entre norma individual criada por decisão judicial e a norma geral, que dela divirja: "*Dizer que uma decisão judicial ou uma resolução administrativa são contrárias ao direito, somente pode significar que o processo em que a norma individual foi produzida, ou o seu conteúdo, não correspondem à norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, que determina aquele processo ou fixa este conteúdo. (...) Mas se o processo em que uma decisão judicial pode ser atacada tem um termo, se há um tribunal de última instância cuja decisão já não pode ser atacada, se existe uma decisão com força de caso julgado (coisa julgada), então a 'juridicidade' (legalidade) desta decisão já não mais pode ser posta em questão. O que significa, porém, o fato de a ordem jurídica conferir força de caso julgado à decisão de última instância? Significa que, mesmo que esteja em vigor uma norma geral que deve ser aplicada pelo tribunal e que predetermina o conteúdo de norma individual a produzir pela decisão judicial, pode entrar em vigor uma norma individual criada pelo tribunal de última instância cujo conteúdo não corresponda a esta norma geral*". Uma tal decisão, ensina Kelsen, não contrária o direito porque é ela válida, assim considerada pelo próprio sistema positivo de normas jurídicas: "... *significa que está em vigor não só uma norma geral que predetermina o conteúdo da decisão judicial, mas também uma norma geral segundo a qual o tribunal pode, ele próprio, determinar o conteúdo da norma individual que há de produzir. Estas duas normas formam uma unidade*". KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 284-6. O nosso sistema de direito processual civil positivo alberga e secunda a assertiva kelseniana, pois os artigos 467 e 468 do CPC explicitam que a coisa julgada material consiste no fenômeno de imutabilidade da sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário. E ainda, que a sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

⁴⁸⁷ MONCADA, Cabral de. *Filosofia do direito e do Estado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 79-80.

relevância e urgência.⁴⁸⁸ O Poder Executivo incumbe-se do exercício da função administrativa. O Poder Judiciário, por sua vez, não legisla, muito embora exerça atividades administrativas em relação ao funcionamento de sua máquina judiciária.⁴⁸⁹ O parlamento, como já vimos, exerce função jurisdicional no julgamento do Presidente da República através do Senado Federal, nos crimes de responsabilidade (artigo 86 da CF), mas quem preside o julgamento é o Presidente do Supremo Tribunal Federal.⁴⁹⁰

Certo mesmo é que o modelo liberal instituído pela Revolução Francesa, seguido pelo Brasil neste particular, reservou à Jurisdição a atribuição de *dizer o direito*: verdadeiro pilar do liberalismo. Isso implica em algumas consequências, como a que retira dos juízes o poder de agir independentemente de provocação da parte interessada; também a neutralidade política do Poder Judiciário. A Jurisdição pode ser conceituada como sendo a função estatal com a finalidade de resguardar a ordem jurídica e proteger, dentre os interesses em conflito, aquele que é juridicamente protegido, aplicando assim o direito objetivo.⁴⁹¹ É de sua essência, e

⁴⁸⁸ DANTAS, Ivo. *Aspectos jurídicos das medidas provisórias*. Brasília: Brasília Jurídica, 1997.

⁴⁸⁹ O Supremo Tribunal Federal várias vezes já manifestou o seu posicionamento a respeito deste tema. Vejamos o teor do seguinte aresto: Número do processo: RE30209. classe: RE - Recurso Extraordinário. Origem: DF - Distrito Federal. Relator: min:103 - Ministro Candido Motta. Julgamento: 1956/10/25. Sessão: 01 - primeira turma. Publicações: DJ data-24-01-57. Ementário do STF vol-00289-02 pg-00480. Ementa: "*Recurso Extraordinário. O judiciário não legisla, nem corrige os intentos da lei*". Observação: votação unânime. Resultado não conhecido. Grifamos.

⁴⁹⁰ Entendimento é corroborado por NERY JÚNIOR e NERY, Rosa, que na op. cit. p. 373, esclarecem: "*Embora seja atividade típica do Poder Judiciário, a jurisdição pode, excepcionalmente, ser exercida pelo Poder Legislativo (CF 52 I e II)*".

⁴⁹¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Vol. I. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 68-9. Neste sentido Eduardo Arruda Alvim acrescenta: "*A função jurisdicional é aquela que, por força da tripartição dos poderes, coube ao Poder Judiciário. Compreende, como se verá, não apenas a tarefa de dizer o Direito aplicável ao caso concreto (o que se faz através do processo de conhecimento), mas de realizá-la coativamente (processo de execução). Tem em vista, antes de mais nada, a preservação da ordem jurídica e da paz social. Daí porque o Direito Processual Civil é ramo do Direito Público, embora, mediamente, sirva de instrumento para a solução do conflito de interesses que lhe é apresentado*". ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de direito processual civil*. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 43, sem negrito no original. Frederico Marques dá-nos o seguinte conceito: "*A jurisdição pode ser definida como a função estatal de aplicar as normas da ordem jurídica em relação a uma pretensão. Nisto reside a essência e substância do poder jurisdicional*". MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*, p. 41.

não mera contingência, a possibilidade do emprego da força física. Para caracterizar a jurisdição é insuficiente o simples *dizer o direito*.

3. Jurisdição e lide: vinculação ao mérito da causa. O fenômeno da individualização da norma genérica; da concretização do preceito abstrato.

Na maioria absoluta dos casos a atuação da Jurisdição pressupõe um conflito de interesses ocorrido antes da propositura ação processual. A ação processual é meio de fazer atuar a Jurisdição visando a solucionar uma *lide*. Já a lide pode ser conceituada como o conflito de interesses caracterizado pela resistência a uma pretensão. De acordo com Alfredo Buzaid, então Ministro da Justiça, que presidiu os trabalhos de redação do código de processo civil em vigor, o termo *lide* está relacionado com o mérito da causa.⁴⁹² A Jurisdição atua em face de uma lide, tendo por objeto um conflito de interesses de direito material.⁴⁹³ Podemos, portanto, concluir que sua finalidade é dirimir os conflitos de interesses ocorridos com a

⁴⁹² Ao expor a motivação do CPC de 1939, a respeito do sentido da expressão *lide*, escreveu Buzaid: “No Código de Processo Civil vigente (menção ao CPC de 1939) ora significa processo (art. 96), ora o mérito da causa (arts. 287, 684, IV, e 687, § 2º). **O projeto só usa a palavra ‘lide’ para designar o mérito da causa.** Lide é, consoante lição de Carnelutti, o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro. O julgamento desse conflito de pretensões, mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a à outra, constitui uma sentença definitiva de mérito. A lide é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes”. BUZAID, Alfredo. *Exposição de motivos do código de processo civil*. In *Código de Processo Civil*, 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 4, sem negrito no original. Mas nem com todo este cuidado Buzaid conseguiu evitar que a expressão *lide* viesse a designar – no CPC de 1973 – também *processo*. A este respeito Cândido Rangel Dinamarco explica: “O Código emprega vinte e quatro vezes a palavra lide, ora isoladamente (arts. 5º, 22, 46, inc. I., 47, 82, inc. III, 110, 126, 128, 132, 325, 462, 468, 470, 471, 610, 645, 798 e 801, inc III), ora em locuções como denunciação da lide (art. 70), julgamento antecipado da lide (rubrica do art. 330), curador à lide (arts. 1.179 e 1.181, § 1º). Esta última expressão, que é antiga em nosso direito, apresenta a palavra lide em seu sentido tradicional e menos técnico, valendo, ali, por processo (curador à lide é o curador dado a alguém em determinado processo). Foi por isso, certamente, que o art. 9º pretendeu substituí-la por curador especial, no que é seguido pelo parágrafo do 302 (não, porém, pelos arts. 1.179 e 1.182, § 1º, que se afastaram da linguagem proposta na Exposição de Motivos)”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 193.

⁴⁹³ Por exceção, a lide pode ter também como causa um processo, tal como ocorre com ação rescisória, ou a ação anulatória do artigo 486.

prolatação de uma sentença de mérito, substituindo a atividade, ou vontade das partes.⁴⁹⁴ O juiz dita a vontade da lei e quando faz isso concretiza a norma jurídica geral até então abstrata; individualiza a norma jurídica até então genérica. Isto se verifica até mesmo quando o juiz julga contrariando a norma jurídica estatal, ao aplicar, por exemplo, um princípio jurídico estará a aplicar a norma principiológica, mesmo que com recorrência aos princípios de direito natural.

A jurisdição, pois, tem sempre por missão aplicar uma norma jurídica: seja esta uma regra emanada do parlamento ou um princípio. Observamos, contudo, que no atual estágio evolutivo da história do direito a jurisdição queda-se atrelada à idéia de aplicação de um direito justo. Recorrendo ao conteúdo da nota de rodapé nº 09, deste capítulo, prova-se que até mesmo que não se abra mão da perspectiva positivista, ainda assim é possível a atrelagem da jurisdição à justiça. O próprio criador da *Reine Rechtslehre* admite como válida uma decisão judicial transitada em julgado (norma individual jurisdicional) que conflite com o conteúdo da norma jurídica geral. Kelsen não negava – porque não podia negar – que os juízes pudessem decidir contra o texto da norma jurídica, mesmo que esta tenha observado todo o escalonamento piramidal da construção da teoria pura. Noutras palavras, não se pode negar aos juízes a prerrogativa de dizerem o direito mesmo que a lei o contrarie.

Mas em alguns casos é possível que haja a atuação da Jurisdição sem a pretensão de fazer atuar o direito material, e nada obstante o processo será extinto com julgamento do mérito. Tal hipótese refere-se às ações processuais declaratórias negativas. Com efeito, as ações declaratórias não pressupõem a violação de um direito material, embora possam existir após a sua ocorrência. Ora o autor pode pretender a declaração de que determinada relação jurídica existe (caso em que ela será *positiva*), ora o autor pode postular que o juiz declare que determinada relação jurídica não existe (caso em que ela será *negativa*). Neste último caso o direito material não apenas não foi violado, mas mais do que isso, o direito material sequer

⁴⁹⁴ Nesse sentido entende Eduardo Arruda Alvim: “A função jurisdicional (e, aqui, estamos nos referindo à função jurisdicional propriamente dita) é eminentemente substitutiva”. ALVIM, Eduardo Arruda, op. cit. p. 44.

existe. Como já dissemos, é através deste tipo de ação que se prova, sem sombra de qualquer dúvida, a autonomia do direito processual civil em relação ao direito material, pois estaremos diante de uma hipótese em que o mérito da causa será a declaração de **inexistência** de uma relação jurídica de direito material. Existe ação processual, mas não existe direito material.

4. Jurisdição e atividades não jurisdicionais (administrativas) praticadas pelo poder judiciário.

A função específica do poder judiciário é a de exercer a função jurisdicional. Isso não significa, entretanto, que ele apenas exerça esta função, pois os atos praticados pelos seus membros no exercício de atividades não jurisdicionais não são considerados atos jurisdicionais, mas atos judiciais.⁴⁹⁵ Essas atividades não jurisdicionais são classificadas em: *atividades secundárias*, designando a jurisdição voluntária; *atividades de governo interno*, que são atividades administrativas desenvolvidas pelos juízes e tribunais no gerenciamento de varas e tribunais, p., ex., eleição dos cargos de direção; organização de secretarias; realização de concurso público, etc.; e *atividades anômalas*, como quando suscita a instauração de um procedimento judicial ao enviar cópias de uma ata onde uma testemunha mentiu.⁴⁹⁶

5. Modos de exercício da jurisdição: distinguindo os conceitos de ação, demanda e tutela jurisdicional.

A ação representa um meio, um poder, um direito de provocar a jurisdição a fim de que esta se pronuncie sobre uma pretensão. A

⁴⁹⁵ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. p. 84.

⁴⁹⁶ Ibidem, p. 84-5. Também: MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil. 1º vol: Teoria geral do processo civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 96.

demanda é o ato praticado quando do exercício do direito de ação e que inaugura e instaura o processo, dando início ao procedimento. A ação é sempre um direito abstrato, genérico e invariável, ao passo que a demanda sempre representa uma situação processual concreta.⁴⁹⁷ Embora seja a demanda vertida para uma situação concreta, os seus pressupostos são de índole pré-processual, são eles: a capacidade de ser parte e necessidade da tutela jurídica. É pela demanda que exsurge o dever concreto de resolver a lide, de conceder sentença favorável ao autor, sendo dependente de a ação ser fundada.⁴⁹⁸ É a demanda que delimita o exercício da jurisdição, tanto que o artigo 128 do CPC alberga o *princípio da demanda*, pelo qual o juiz tem o dever processual de decidir a lide nos limites da propositura.⁴⁹⁹ Certo também, que a lei nº 10.358/01, ao alterar o artigo 584 do CPC, para permitir que o juiz homologasse conciliação ou transação ainda que verse sobre matéria não posta (não demandada) em juízo, constituindo, conseqüentemente, título executivo judicial, abriu exceção à regra do artigo 128.

Já a *tutela jurisdicional* representa a espécie de provimento judicial aplicado em cada caso concreto visando solucionar o conflito de

⁴⁹⁷ Distinguindo os dois institutos, Yarshell anota: “Enquanto a ação se configura como uma posição jurídica de vantagem, a demanda não é mais que um ato; que, por sinal, é pressuposto de instauração e desenvolvimento do processo. A ação, portanto, é marcada – em maior ou menor intensidade, conforme a perspectiva doutrinária – por uma nota de generalidade, ao passo que a demanda é marcada por um caráter concreto, sendo inclusive passível de identificação, com base nos respectivos elementos: alguém (parte) fundado em determinados fatos e fundamentos (causa de pedir) reclama uma providência do Estado, perante um órgão jurisdicional (pedido)”. YARSHELL, Flávio Luiz, op. cit. p. 58-9.

⁴⁹⁸ “Demanda é o ato jurídico com o qual o autor põe o juiz na obrigação de resolver a questão, ainda que seja ‘se cabe a constituição ou mandamento, ou a execução’. A base de sua legitimação para esse ato jurídico estão a capacidade de ser parte e a necessidade de tutela jurídica (uma e outra pré-processuais)”. MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. Vol. I. p. 249. O estudo de Yarshell sobre a tutela jurisdicional parte do pressuposto da tipificação, ultrapassando-se o enfoque abstrato e aportando no concretismo do caso concreto: “Na passagem da ação – ‘abstratamente’ prevista no plano constitucional – para a propositura de uma demanda em concreto, a tipificação é quase um processo inevitável, até mesmo pela natureza instrumental da ação e do processo em relação ao direito material. (...) Na aludida passagem (do abstrato para o concreto), é como se houvesse um ‘remédio’ genérico para os males situados no plano material, mas que ele ganhasse contornos particulares, específicos am cada diferente situação trazida a juízo, gerando diferentes remédios”. YARSHELL, op. cit. p. 188-9.

⁴⁹⁹ Art. 128: O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

interesses que ensejou a propositura da ação.⁵⁰⁰ Mas, como muito demonstra Yarshell, a tutela jurisdicional não designa apenas o resultado final do processo, outrossim, traduz os meios de se alcançar tal resultado.⁵⁰¹ Esclarecido isto, passaremos a empregar a expressão *tutela* para designar a forma de provimento jurisdicional que se alcança pelas diferentes modalidades de processos, sendo estes meios, instrumentos pelos quais a jurisdição presta a tutela. Embora se considere a tutela jurisdicional como instituto atípico,⁵⁰² parece-nos possível estabelecer uma tipologia em consideração ao fato de as tutelas serem efetivadas em processos, os quais se submetem à taxonomia tipológica.

O código de processo civil (CPC) é composto por cinco livros: processo de conhecimento (Livro I, artigos 1º a 565); processo de execução (Livro II, artigos 566 a 795); processo cautelar (Livro III, artigos 796 a 889); procedimentos especiais (Livro IV, artigos 890 a 1210) e disposições finais e transitórias (Livro V, artigos 1211 a 1220). O fato de o CPC conter

⁵⁰⁰ O conceito de Frederico Marques é o seguinte: “... é a tutela que o Estado exerce, processualmente, sobre relações intersubjetivas litigiosas, a fim de dar a cada um o que é seu mediante a aplicação do direito objetivo. Com isso, fica conceituada a tutela jurisdicional”. MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil. 1º vol: Teoria geral do processo civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 152.

⁵⁰¹ “As formas de invocação da tutela jurisdicional – mediante o exercício da ação e conseqüente propositura de uma demanda – devem ser consideradas atípicas, no sentido de que as garantias constitucionais da inafastabilidade do controle jurisdicional e da própria ação funcionam como uma cobertura geral e ampla para todas as afirmadas posições jurídicas de vantagem decorrentes do plano material (diante de lesão ou ameaça de lesão de direito). Nessa medida, eventual tipicidade da ação somente pode ser aceita, com reservas, na projeção, em concreto, da propositura de uma demanda. Essa tipicidade pode ser extraída da causa de pedir, considerando-se típica a ação cuja ‘causa petendi’ é descrita de forma taxativa pela própria lei processual (aí a hipótese da ação rescisória)”. YARSHELL, op. cit. p. 189. Mas pode-se também falar em espécies de ações ou de sentenças para designar a essência e a espécie do provimento jurisdicional. Contudo, as sentenças e também as ações são apenas técnicas através das quais a tutela jurisdicional é prestada. Neste sentido esclarece Marinoni: “Deixe-se claro que quando se pensa nos meios que permitem a obtenção de um resultado no plano do direito material, não é incorreto falar em ‘tutela jurisdicional’. Quando se percebe, contudo, a necessidade de distinguir os meios (que permitem a prestação da tutela) do fim a ser obtido (o resultado no plano do direito material), apresenta-se como adequada a distinção entre tutela jurisdicional *stricto sensu* e técnicas de tutela jurisdicional”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 63.

⁵⁰² É assim que se manifesta Yarshell: “O exercício da jurisdição à medida que dá resposta aos reclamos de tutela, deve igualmente reputar-se atípico, isto é, desvinculado de modelos apriorísticos que possam limitar a declaração ou atuação de direitos ou interesses reconhecidos na órbita substancial. Atípicas, portanto, são as formas de tutela jurisdicional, o que deve estar em consonância com os limites decorrentes do direito material”. YARSHELL, op. cit. p. 189.

cinco livros não significa que ele possua cinco espécies de tutelas jurisdicionais. Então, em primeiro lugar temos a tutela de conhecimento, regulada pelo Livro I.

**6. Da tutela de conhecimento:
horizontal (plena e parcial) e vertical: (exauriente e sumária).**

A tutela de conhecimento é aquela que visa solucionar o conflito de interesses ocorrido no âmbito das relações de direito material.⁵⁰³ Visa extinguir a lide (no sentido de Alfredo Buzaid, já falado acima) com julgamento do mérito. É através da tutela de conhecimento que o magistrado irá “conhecer” acerca dos fatos e do pedido, para, ao aplicar o direito, subsumindo a *fattispecie* ao ordenamento jurídico, dirimir controvérsias. A cognição no processo civil incide sobre fatos e sobre direito. Fala-se, então, em cognição vertical e horizontal. A **cognição horizontal** cinge-se à extensão fática e à amplitude do conhecimento do juiz na causa e relaciona-se com os elementos objetivos do trinômio processual: pressupostos processuais, condições da ação e mérito. Pode a cognição horizontal ser plena ou parcial. **Plena** é a cognição horizontal integral, total, estende-se sobre toda a extensão fática da causa. **Parcial** é a cognição na qual o conhecimento do juiz restringe-se a questões tópicas da causa, não se estendendo sobre toda a complexidade factual envolvida pelo processo.⁵⁰⁴

⁵⁰³ Considerando que o CPC adota a teoria eclética de Liebman (artigo 267, VI), alguns autores falam numa cognição para cada setor do trinômio: pressupostos processuais, condição da ação e mérito. Neste sentido Kazuo Watanabe acrescenta: “*Em cada um dos dados do trinômio, há sempre dois objetos distintos de conhecimento, que são o direito e os fatos. Às vezes, os fatos são considerados in statu assertionis (...) Outras vezes, os fatos são submetidos à efetiva cognição. (...) A cognição sobre matéria de direito abrange, antes de mais nada a regra em sua abstração e, em seguida, a valoração jurídica dos fatos, com o estabelecimento das consequências jurídicas aplicáveis ao caso concreto*”. WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 74.

⁵⁰⁴ “*É o que ocorre, por exemplo, nas ações possessórias (em que ficam excluídas do conhecimento as objeções referentes ao domínio), nos embargos do executado (cujo conhecimento é limitado pelo art. 741 e incisos do CPC) e nas desapropriações por necessidade ou utilidade pública ou interesse social (DL nº 3.365/42, art. 20 – contestação só pode versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço)*”. OLIVEIRA, Ana Paula Kanan, op. cit. p. 284-5. Watanabe cita como exemplos de cognição parcial e exauriente: a ação de conversão de separação judicial em divórcio; embargos de terceiros; a busca e apreensão decorrente de alienação fiduciária em garantia; embargos do devedor; processos referentes a títulos cambiários, porque concebidos com abstração da causa; e a

A **cognição vertical** mantém pertinência com a profundidade do exame, subdividindo-se em: exauriente e sumária.⁵⁰⁵ A **cognição exauriente** visa pôr fim à incerteza existente sobre o conflito de interesses discutido no processo de conhecimento. Neste, não há limites à cognição vertical.⁵⁰⁶ No processo de conhecimento, a cognição além de exauriente pode ser também plena, quer se trate de procedimento comum ordinário, quer do sumário ou sumaríssimo específico dos juizados especiais, acarretando a formação de coisa julgada material.⁵⁰⁷ A **cognição sumária**, por sua vez, é típica dos juízos de probabilidades que envolvem situações de aparência de direito, de verossimilhança. Por essa razão não podem decidir a lide: restringem-se, assim (tais juízos), às tutelas cautelares e antecipatórias.⁵⁰⁸

A tutela de conhecimento abrange algumas subespécies de tutelas, subdividindo-se em: declaratória, constitutiva, condenatória e mandamental, inibitória e específica. Passemos à tutela declaratória.

desapropriação. Interessante mesmo é a posição deste autor sobre a inconstitucionalidade de atos legislativos ou administrativos que restringem o acesso à justiça: “Cabe deixar anotado, aqui, que as limitações ao direito do contraditório e, por via de consequência, da cognição do juiz, sejam estabelecidas em lei processual ou em lei material, se impossibilitam a efetiva tutela jurisdicional do direito contra qualquer forma de denegação da justiça, ferem o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e por isso são inconstitucionais (ofensa ao inc. XXXV do art. 5º da CF 88: na CF anterior, art. 153, § 4º)”. WATANABE, op. cit. p. 118.

⁵⁰⁵ Há quem admita ainda um terceiro gênero da cognição vertical. Ana Paula Kanan Oliveira, citando Watanabe, expressa-se em relação à cognição *vertical superficial*, ao lado das: exauriente e sumária. Estaria a cognição *superficial* adstrita às liminares, pois seria própria dos juízos de verossimilhança. OLIVEIRA, Ana Paula Kanan, op. cit. p. 284. Nós, porém, não vemos como é possível uma tutela de urgência não se enquadrar dentre as espécies: cautelar, quando tiver por escopo garantir a eficácia de um processo principal; e antecipatórias da tutela, quando satisfizer os efeitos da sentença final. As liminares são, na verdade, meios administrativos pelos quais os juízes concedem: ou cautelares; ou tutelas antecipadas, no começo do processo.

⁵⁰⁶ De observar que até mesmo nos processos regidos pelo rito sumário a cognição é exauriente: “De salientar que no procedimento sumário a aceleração da prática dos atos processuais que lhe é própria não implica a limitação da cognição – o procedimento sumário é caracterizado apenas pela abreviação do iter procedimental, em nada interferindo com a cognição”. OLIVEIRA, Ana Paula Kanan. Espécies de tutela jurisdicional. In *Elementos para uma nova teoria geral do processo*. Coord: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Porto Alegre: Lael, 1997, p. 283. Esta autora, aliás, secunda as lições de Watanabe, que na página 115 da obra supra registra o mesmo entendimento.

⁵⁰⁷ “O procedimento de cognição plena e exauriente é o procedimento comum do processo de conhecimento, seja ordinário ou sumaríssimo (...) O processo especial dos juizados especiais (...) apesar da extrema simplicidade, informalidade e celeridade, é de cognição plena e exauriente, apto, portanto, à formação da coisa julgada material, e não processo de cognição superficial”. WATANABE, op. cit. p. 115.

⁵⁰⁸ “A cognição sumária pertine aos procedimentos que não permitem, em face de determinada situação, a cognição aprofundada do objeto litigioso, sendo, pois, característica da tutela cautelar e da tutela sumária antecipatória”. OLIVEIRA, Ana Paula Kanan, op. cit. p. 283, onde a autora atribui a autoria desta sistematização a Marinoni.

6. 1. A tutela de conhecimento declaratória.

Como precisamos acima no item 03, esta espécie de tutela vem regulada pelo artigo 4º do CPC e visa, apenas e tão somente, à manifestação do juiz sobre: a existência ou inexistência de uma relação jurídica; a falsidade ou autenticidade de um documento.⁵⁰⁹ É classificada em *declaratória: típica e atípica, principal e incidente*. **Típicas** são as ações declaratórias que visam à declaração do juiz sobre a existência ou inexistência de uma relação jurídica. De logo se constata que se subdivide em: **positiva**, quando pretender provar a **existência** de determinada relação jurídica, p. ex: a parte credora dum contrato verbal ingressa em juízo apenas para que o juiz diga que tal relação contratual existe; e **negativa** quando pretender provar a **inexistência** de determinada relação jurídica, p. ex: quem não é parte em contrato com determinada pessoa ingressa em juízo para que o juiz diga que uma tal relação contratual **não existe**. Já as ações declaratórias **atípicas** são as que têm por objeto a declaração sobre a autenticidade ou falsidade de um documento. Note-se que as tutelas meramente declaratórias não proporcionam o manejo do processo de execução, pois sua atuação limita-se, como denota a própria dição, à declaração judicial sobre uma relação jurídica ou sobre a falsidade ou autenticidade documental. Classificam-se ainda em declaratórias principais e incidentes.

A ação declaratória presta-se para a resolução de questões prejudiciais surgidas durante a pendência de uma demanda, mas que detenham estatura corpórea de direito material, ou seja, deve representar, por si só, um bem juridicamente albergado pelo direito e capaz de originar discussão em processo autônomo. Esta possibilidade de a questão prejudicial poder ensejar processo autônomo, por si só, a distingue das questões preliminares que jamais proporcionariam isto.⁵¹⁰ Nestes termos, o artigo 5º do CPC

⁵⁰⁹ Art. 4º do CPC: *O interesse do autor pode limitar-se à declaração: I - da existência ou da inexistência de relação jurídica; II - da autenticidade ou falsidade de documento. Parágrafo único. É admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito.*

⁵¹⁰ Segundo Eduardo Arruda Alvim: *“Tem a ação declaratória incidental o escopo de fazer com que determinada questão prejudicial, que vá ser apreciada incidenter tantum, venha a ser abrangida pela autoridade da coisa julgada. Se não for proposta ação declaratória incidental, a questão prejudicial será apreciada pelo juiz, mas sobre ela não haverá coisa julgada (art. 469, III). Mas, se houver sido legitimamente proposta a declaratória incidental, a sentença que a decidir fará coisa julgada (art.*

estabelece que tal espécie de questão litigiosa deve abranger relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, caso em que qualquer das partes poderá requerer que o juiz a declare por sentença. É importante que a parte interessada utilize a declaratória incidental sempre que essa hipótese ocorrer, pois em conformidade com o artigo 469, III, se ela for apenas decidida incidentalmente no processo, não fará coisa julgada.⁵¹¹

Além da hipótese prevista no artigo 5º, a declaratória incidental também terá cabimento sempre que o réu contestar o direito que constitui fundamento do pedido. Neste caso o autor poderá requerer, no prazo de 10 (dez) dias, que sobre ele o juiz profira “sentença incidente”, quando a declaração da existência ou da inexistência do direito depender, no todo ou em parte, o julgamento da lide (325). Num caso e noutro, para que a declaratória incidental logre eficácia de coisa julgada deve o juiz ser competente em razão da matéria e a questão constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide (470). Esta orientação é encontrada também quando o código trata do tema da competência, posto obrigar que a propositura ocorra perante o juiz da causa principal.⁵¹² Esta regra é de tal forma importante a ponto de o Supremo Tribunal Federal já haver firmado jurisprudência no sentido de que o seu descumprimento, isto é, o *simultâneo processus* perante juiz incompetente, acarreta decreto indeferitório da petição inicial.⁵¹³ Quanto ao prazo para sua

470). Isto significa, então, que se tratará de verdadeira causa”. ALVIM, Eduardo Arruda, op. cit. p. 479. A distinção entre preliminares e prejudiciais encontra-se na p. 485-488.

⁵¹¹ Não fazem coisa julgada: **I** - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; **II** - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; **III** - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

⁵¹² Isto, em obsequio à regra do artigo 109, no sentido de que: *O juiz da causa principal é também competente para a reconvenção, a ação declaratória incidente, as ações de garantia e outras que respeitam ao terceiro interveniente.*

⁵¹³ Confira-se: Número do processo: acorqo364. Classe: Acorqo - ação cível originaria - questão de ordem. Origem: PR - Paraná. Relator: min:128 -Ministro Moreira Alves. Revisor: relator para acórdão: partes: autora: Prefeitura Municipal de Foz do Iguaçu réu : Estado do Paraná. Julgamento: 1993/02/01. Sessão: TP - Tribunal Pleno. Publicações: DJ data-12-03-93 pp-03556 ementa vol-01695-01 pp-00050. Ementa: “*Questão de ordem. - Ação declaratória incidente proposta pela União, ao contestar ação declaratória de nulidade de ato jurídico proposta por município, que na ação incidental, denunciou à lide a Estado-membro. Só se admite que a ação declaratória incidente seja requerida quando o juiz da ação principal for competente para ela em razão da matéria ou das pessoas. No caso, isso não ocorre, razão por que impossível se faz o "simultaneus processus", devendo aplicar-se o disposto no artigo 295, I, do C.P.C., o que pode fazer-se a qualquer tempo (RE 102.239, RTJ 110/1274). Questão de ordem que se acolhe para indeferir a inicial da ação declaratória incidente, o que acarreta a exclusão do Estado-membro da relação jurídica processual, tornando-se, em consequência disso, incompetente o Supremo Tribunal Federal para processar e julgar*

interposição, o STF já firmou precedente a afirmar que quando o motivo de sua propositura for baseado em fato preexistente à contestação, o prazo da declaratória incidental coincide com o da defesa (contestação). Aliás, as conclusões de nº XXX e XXXII, do Simpósio de Direito Processual Civil de Curitiba de 1975, orientaram que: quando manejada pelo réu, a declaratória incidental deve ser proposta no mesmo prazo da sua resposta; e que deve ser julgada pela mesma sentença que aprecia a ação principal. E a conclusão de nº XXVIII, do mesmo Simpósio, foi no sentido de que a propositura da declaratória incidental deve observar os mesmos requisitos da petição inicial, exceto em relação àqueles já constantes dos autos.⁵¹⁴ Já a fixação dos honorários de advogado rege-se pelo § 4º do artigo 20 do CPC, também de acordo com jurisprudência do STF.⁵¹⁵

6. 2. A tutela de conhecimento constitutiva.

Tutela de conhecimento constitutiva é aquela que, pela atuação da jurisdição, cria, modifica ou extingue direitos. Também não proporciona, via de regra, o uso do processo de execução para efetivação de sentença que a julga procedente.⁵¹⁶ Isso se dá em face de o seu provimento judicial, para efetivar-se, independer do comportamento do réu. Assim, numa ação de divórcio (constitutiva por excelência) sua “execução” ocorre com o registro da sentença no cartório competente, apenas.⁵¹⁷

6.3. A tutela de conhecimento condenatória.

Já a tutela cognitiva condenatória é aquela que impõe ao réu um comportamento consistente num dar, fazer ou não fazer, e que em caso de inobservância

originariamente a presente ação. Determinação da restituição dos autos a Justiça Federal de primeiro grau”.

⁵¹⁴ ALVIM, Eduardo Arruda, op. cit. p. 488-89, onde se esclarece que este prazo pode ser quadruplicado ou dobrado, dêz que incidentes os artigos 188 e 191.

⁵¹⁵ Confira-se DJ data-10-10-80 - pg- 08021. Ementário do STF - Vol-01187-01 - pg-00335. RTJ vol-00095-03 pg-00713.

⁵¹⁶ Salvo quanto às verbas indiretas, pois estas existirão, inclusive, nas ações meramente declaratórias e ensejam processo de execução por quantia certa (artigo 652).

⁵¹⁷ Excluem-se deste exemplo a partilha de bens e os alimentos.

possibilita a atuação da ação de execução para fazer atuar o preceito judicial condenatório. Todavia, deve-se observar que a ação de execução corresponderá e dependerá do tipo de sentença condenatória prolatada, pois dentre os princípios que orientam o processo de execução temos o da *especificidade*, que está a indicar que a ação executiva corresponde ao tipo de obrigação a ser cumprida pelo réu-executado.⁵¹⁸ Assim, se o provimento importar numa obrigação de fazer, impõe o artigo 614 do CPC (que estabelece os requisitos da inicial) que o autor-exeqüente opte por uma ação de execução de fazer e não de execução por quantia certa, por exemplo.

Essa sistemática, porém, foi alterada pela Lei nº 10.444/02, que transmutou as ações com objeto consistente em obrigação de fazer e não-fazer e entrega de coisa, pois migraram da categoria de condenatórias para mandamentais (ou executivas *lato sensu*). A ação autônoma de execução – quando decorrente de sentença – está agora restrita à modalidade de quantia certa (contra devedor solvente ou insolvente). Aquelas outras duas efetivam-se nos termos dos artigos 461 e 461-A, prescindindo da ação de execução e concretizando-se numa fase denominada de *fase de efetivação de sentença*.⁵¹⁹

6.4. A tutela mandamental.

A tutela mandamental caracteriza-se pelo fato de dispensar processo de execução para efetivar o cumprimento de seu preceito: são auto-executáveis. Dentre as ações de índole mandamental tem-se: as possessórias, o despejo, o mandado de segurança,

⁵¹⁸ O que também tem aplicação nos casos de execução de título executivo extrajudicial (artigo 585).

⁵¹⁹ FERREIRA, WILLIAN SANTOS. *Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 252. No mesmo sentido: SAVASCKI. *Liquidação e execução. Comentário às reformas do CPC*. *Jornal da Associação Nacional dos Procuradores Federais – ANPAF*. Brasília: Março/2003, nº 35, p. 12. Sem negritos no original.

o mandado de injunção, que, de acordo com posicionamento do STF, esta última espécie inviabiliza, em razão de seu próprio objeto, a formação de litisconsórcio passivo (necessário ou facultativo) entre particulares e entes estatais.⁵²⁰

Esta tutela detém a característica de possuírem uma eficácia extremamente mais célere em relação às dependentes do processo de execução, e, também, em virtude do efeito suspensivo do recurso de apelação (520, que mesmo após a alteração da lei 10.352/01, manteve a regra da suspensividade recursal). Situação esta que se agrava ainda mais com a necessidade de nova ação (de execução) para garantir o resultado útil do processo de conhecimento. O sistema processual brasileiro está em crise e o núcleo do problema consiste exatamente nisto: o excesso de recursos; a eficácia suspensiva destes; a necessidade de ação de execução para efetivar o provimento condenatório; e a eficácia suspensiva dos embargos à execução determinada pelo artigo 739. Eis aí o grande e grave problema do sistema de processo civil brasileiro!

6.5. A tutela antecipada, específica e inibitória.

Foi por conta desta crise de eficácia processual que o legislador empreendeu a reforma de 1994, na qual se inseriu no processo civil nacional a figura da tutela antecipada, denunciando a ineficiência da classificação trinitária das sentenças: declaratória, constitutiva e condenatória. Com isto o Brasil avançou tremendamente no cenário processual civil mundial, reconhecendo o caráter instrumental da jurisdição e firmando-se à frente de vários países de secular tradição jurídica romano-germânica.⁵²¹ A tutela

⁵²⁰ Vide julgamento: 1991/08/09. Sessão: FP - Tribunal Pleno. Publicações: DJ data-17-06-94 pp-15720 - vol-01749-01 pp-00029.

⁵²¹ Sobre o avanço do Brasil no cenário internacional o Ministro Cláudio Santos assinalou: “Com a instituição desse procedimento de cognição parcial e sumária e de tutela efetiva do direito material, o Direito Processual brasileiro posicionou-se, ao lado do Direito italiano, entre os mais avançados do mundo, na família romano-germânica. Em pesquisa exaustiva que fiz, nada encontrei no Direito Processual português semelhante à nossa tutela antecipada, salvo previsões de antecipação de tutelas específicas, tais como na fixação de alimentos provisórios. Por igual, o Direito Processual espanhol é escasso na previsão de tutelas diferenciadas da exauriente e completa, sendo de sabença que o seu sistema de medidas cautelares é cerrado e não aberto como o nosso. Na França, não me parece que as chamadas *ordonnances de référé* componham sistema de tutela jurisdicional amplo como o adotado no Brasil, muito embora o uso freqüente das denominadas *astreintes*, agora também adotadas no Brasil, constitua medida coercitiva do cumprimento das sentenças de bom efeito”. SANTOS, Cláudio. Tutela

antecipada representa uma alternativa satisfativa da pretensão, a qual o juiz defere de forma provisória coincidindo no todo ou em parte com o objeto do processo, que somente virá pela prolatação da sentença de mérito.⁵²² Trata-se de um modo de provimento que não embute qualquer questão incidente, de maneira que a decisão que a defere não se enquadra perfeitamente nem no conceito de decisão interlocutória – ausência de questão incidente –, nem no de sentença, posto que não põe termo ao processo (artigo 162). Outrossim, a tutela antecipada consiste num mecanismo eficaz de mitigar a delonga processual, pois sempre terá eficácia imediata.⁵²³

Aliás, as inovações processuais acarretaram uma verdadeira ilogicidade sistemática na questão da efetividade, pois uma decisão antecipatória da tutela possui muito mais força, em várias situações, que uma sentença de mérito. Veja-se que na tutela antecipada o juiz atua em sede de cognição sumária e não exauriente (aspecto vertical da cognição), ao passo que na sentença a cognição é plena (aspecto horizontal da cognição) e exauriente (aspecto vertical). Entretanto, a regra do artigo 520 (mesmo após a alteração da lei nº 10.352/01), mantém a eficácia suspensiva do recurso de apelação para a maioria absoluta das hipóteses, impedindo a execução provisória do julgado. Já a decisão que antecipada a tutela é sempre auto-executável. Esta incoerência requer que se repense os

jurisdicional antecipada. *Publicações eletrônicas do Conselho da Justiça Federal*. www.cej.gov.br. Em relação ao processo civil português, todavia, é preciso registrar que, apesar da inexistência do instituto da antecipação da tutela, o sistema processual civil admite o uso de cautelares com finalidade satisfativa, o que, de certa forma, resolve o problema da efetividade, mesmo que sem uma técnica processual adequada.

⁵²² A despeito de as tutelas antecipada e cautelar serem provisórias, Ovídio Baptista considera que a tutela cautelar é a temporária e não a provisória. A distinção deste professor é fundamentada em Calamandrei, para quem temporário é algo cuja duração no tempo é limitada, porém, sem a exigência de que outro evento subsequente o substitua. Doutro turno, o provisório, contrariamente, somente será eficaz até que algo posterior sobrevenha e o substitua, tornando-o desnecessário. Neste contexto, a cautelar é provisória porque o provimento definitivo a ser proferido no processo principal o substituirá, o que nos parece correto. Ovídio, todavia, considera que as medidas cautelares são temporárias, pois que apenas durarão enquanto exista o perigo de dano. BAPTISTA da SILVA, Ovídio A. *Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)*. Vol. III. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.49-58.

⁵²³ Segundo Marinoni: “... muitas vezes a pendência do processo pode ser mais incômoda do que uma sentença desfavorável, pois o estado de ansiedade que a falta de definição provoca pode ser mais difícil de ser administrado, para algumas pessoas, do que os efeitos de uma decisão contrária”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. Malheiros: São Paulo, 1996, p. 99. O fator demora temporal do processo é também registrado por Humberto Theodoro Júnior, vejamos: “... entre a interposição da demanda e a providência satisfativa do direito de ação (sentença ou ato executivo) medeia necessariamente um certo lapso de tempo, que pode ser maior ou menor conforme a natureza do procedimento e a complexidade do caso concreto”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol. II. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 327.

efeitos suspensivos tanto dos recursos quanto dos embargos à execução. Hoje, o princípio da efetividade encorpado na antecipação dos efeitos da tutela, confere, de fato e de direito, eficácia imediata a qualquer tipo de demanda. Dotou o rito ordinário de força cogente, salvaguardando o interesse da parte autora, até então, deveras penalizada com o modelo processual brasileiro.⁵²⁴

A tutela antecipatória pode ocorrer tanto na modalidade inibitória quanto específica. Fala-se de tutela específica quando uma obrigação contratual de fazer ou não-fazer foi inobservada, entretanto, concretamente é ainda possível que o obrigado possa vir a adimpli-la e que isso interesse ao credor. Se se tratar de hipótese de possibilidade de agressão imediata a direito, ou de repetição de violação, é lícito ao credor servir-se da tutela inibitória a fim de evitar a lesão ou de fazê-la cessar.⁵²⁵ A tutela específica das obrigações de fazer ou não fazer tem natureza mandamental (artigo 461, § 3º do CPC).⁵²⁶

A sistemática da antecipação da tutela do artigo 273 tem incidência nas situações processuais ocorrentes na tutela específica. Dessa forma, o requisito do

⁵²⁴ Neste contexto Zavaski assim justifica a eficácia do princípio da efetividade: “... o dever imposto ao indivíduo de submeter-se obrigatoriamente à jurisdição estatal não pode representar um castigo. Pelo contrário: deve ter como contrapartida necessária o dever do Estado de garantir a utilidade da sentença, a aptidão dela de garantir, em caso de vitória, a efetiva e prática concretização da tutela. E não basta à prestação jurisdicional do Estado ser eficaz. Impõe-se seja também expedita, pois é inerente ao princípio da efetividade da jurisdição que o julgamento da demanda se dê em prazo razoável”. ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.p. 64.

⁵²⁵ “Quando a obrigação, apesar de inadimplida, ainda pode ser cumprida, e o seu cumprimento é de interesse do credor, podemos pensar na tutela do adimplemento da obrigação contratual na forma específica. Quando se teme a violação da obrigação de um ato de eficácia instantânea, ou quando se teme a reiteração da violação da obrigação através de um ato de eficácia instantânea, não é impossível admitir uma tutela voltada a impedir a violação ou a reiteração da violação da obrigação, falando-se em tutela inibitória do inadimplemento ou em tutela executiva em caso de provável inadimplemento”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 183-4.

⁵²⁶ Este artigo possui a seguinte redação: *Nas ações que tenha por objeto o cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 1º. Omissis. § 2º. Omissis. § 3º. Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. A lei nº 10.444/02 acrescentou a este artigo, os parágrafos: § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. E o § 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.*

“fundamento da demanda”, previsto no § 3º do artigo 461, equivale à “verossimilhança da alegação” do artigo 273. O “justificado receio de ineficácia do provimento final” do artigo 461 representa o “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” do artigo 273.⁵²⁷ Também o “abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu”, compatibiliza-se com o artigo 461, pois se a tutela específica não for prestada de forma rápida e expedita não atenderá ao escopo que motivou sua inserção no sistema de processo civil brasileiro.⁵²⁸ Os demais vetores da tutela antecipada, como a necessidade de provocação da parte interessada, possibilidade de concessão na fase recursal e no processo executivo,⁵²⁹ a revogabilidade da decisão, também são observados em relação às tutelas

⁵²⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. op. cit. p. 151.

⁵²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, p. 57.

⁵²⁹ Sobre esta possibilidade Marcelo Lima Guerra publicou artigo pioneiro na doutrina brasileira sustentando a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela no processo de execução. Entretanto, o seu enfoque cinge-se às modalidades de execução fundadas em obrigações e fazer e não-fazer. Demonstra o autor que o ordenamento brasileiro admite expressamente a antecipação da tutela na execução através da lei antitruste. A inadmissão dessa possibilidade processual conduziria a um verdadeiro absurdo, *verbis*: “Cumprir advertir, ainda, que negar a aplicabilidade da antecipação de tutela no processo executivo conduziria a um resultado bizarro e paradoxal, a saber, o titular de um direito meramente afirmado poderia obter uma tutela jurisdicional mais “forte”, mais imediata do que o titular de um direito consagrado em título executivo. Realmente, não parece razoável que alguém apenas afirmando-se titular de um direito (e desde que demonstre o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*) possa obter uma satisfação imediata desse direito, ainda que apenas de fato e provisória, enquanto a mesma possibilidade não estaria disponível a alguém titular de um direito já considerado merecedor de satisfação definitiva, ou seja, de um direito consagrado em título executivo. Uma tal interpretação conduz a um flagrante absurdo, o que viola dos mais tradicionais princípios hermenêuticos”. GUERRA, Marcelo Lima. *A antecipação de tutela no processo executivo*. <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto033.htm>. Com enfoque diferente, Lúcio Grassi de Gouveia alarga tal possibilidade para além dos campos daquelas obrigações de fazer e não-fazer, chegando a demonstrar, com elogiável rigor hermenêutico, o cabimento nas execuções para entrega de coisa e por quantia certa. Vejamos a sua conclusão: “1- O direito de acesso à ordem jurídica justa, consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, não exprime apenas que todos podem ir a juízo, mas, também, que todos têm direito à adequada tutela jurisdicional, ou melhor, “à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva. 2- O princípio constitucional da efetividade processual poderá restar desrespeitado caso rejeitada a aplicação do instituto da antecipação de tutela no processo de execução, que é lento e pouco eficaz, situação que foi agravada com a aceitação, pelos tribunais brasileiros, do instituto da exceção de pré-executividade. 3- É possível que exista em execução manifesto propósito protelatório do executado, um dos requisitos alternativos para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela. 4- Não teria qualquer lógica perante nosso sistema jurídico uma interpretação proibitiva da antecipação, pois equivaleria a admitir ser possível se antecipar tutela em favor de quem não tem título executivo mas não poder fazer o mesmo em relação a quem o tem. 5- Não há que se defender a utilização de cautelares específicas como o arresto, seqüestro ou busca e apreensão para não concessão da antecipação de tutela, já que a medida pleiteada trata de própria antecipação do resultado pretendido com a execução. 6- O art. 615, III do CPC não permite a antecipação dos efeitos da execução, já que trata de medidas acautelatórias urgentes. 7- O fato de a antecipação de tutela vir inserida no Livro I referente ao Processo de Conhecimento não lhe torna exclusiva desse processo, tendo em vista o disposto no art. 598 do CPC, que dispõe que se aplicam subsidiariamente à execução as disposições que regem o processo de conhecimento. 8- A antecipação de tutela tem aplicação nas execuções para entrega de coisa, de

específica e inibitória.⁵³⁰ A forma sub-rogatória de execução das obrigações ‘fungíveis’ de fazer e não-fazer tem pertinência com a tutela específica.⁵³¹ Mas a execução da tutela específica, assim como se dá nas antecipações de tutela em geral, prescinde de ação de execução.⁵³²

Nos casos de obrigações de fazer ou de não fazer infungíveis, isto é, nas hipóteses nas quais apenas o obrigado pode prestar a obrigação, é preciso dotar o juiz de um meio processual que possa levar o réu a adimplir espontaneamente. É aí que a incidência o § 4º do artigo 461 do CPC, que contém ameaça de coerção patrimonial a ser imposta contra o réu, tanto na sentença quanto na tutela antecipatória, consistente em: *“impor multa diária ao réu, independente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito”*, revela-se como mecanismo deveras eficaz para assegurar a efetividade. Esta multa denomina-se de *astreintes* e tem cabimento não apenas nas obrigações infungíveis, mas é nestas espécies que elas se revelem como o meio processual coercitivo mais eficiente no sentido de que se o réu não fizer o que deve fazer, ou se ele fizer o que não deve fazer, arcará com o ônus do pagamento da multa. E como o juiz pode majorar o valor estipulado, cada vez mais o réu é lícitamente coagido a adimplir aquilo que somente ele pode fazer ou não-fazer.⁵³³ Neste caso, fala-se em execução indireta, que inspirada no modelo francês, baseia-se na imposição de penalidade pecuniária a fim de obrigar o próprio executado a cumprir a obrigação. A execução é denominada de direta quando a prestação efetiva-se

obrigação de fazer e de não fazer e por quantia certa contra devedor solvente, nessa última com as restrições enfocadas”. GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A antecipação de tutela na execução. *Revista da ESMAP*, vol. VI, jul/dez, 2001, p. 311-330.

⁵³⁰ ZAVASCKI, Teori Albino, op. cit. p. 154-155.

⁵³¹ “É viável antecipar a tutela específica por meio de sub-rogação, incumbindo-se terceiro de prestar fato através dos meios disponíveis para a execução da sentença final. O artigo 461, §5º do CPC afirma que para a efetivação da tutela específica ou obtenção de resultado prático que seja equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial”. ANDRÉA, Carla. *Tutela antecipada*. Monografia apresentada para conclusão de curso na UNICAP, 2002, p. 42.

⁵³² Comentando o artigo 461, Marinoni esclarece que: “... a intenção do legislador foi a de criar uma ação em que o conhecimento e a execução se misturam, e na qual é viável a tutela do direito independentemente do ajuizamento da ação de execução”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Questões do novo direito processual civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 1999, p. 139.

⁵³³ No sentido de que a pena pecuniária também pode ser aplicada às obrigações fungíveis veja-se MARINONI, Luiz Guilherme. *Questões do novo direito processual civil brasileiro*, p. 136.

através de sub-rogação.⁵³⁴ De se notar que agora, com a vigência da lei nº 10.444/02, as astreintes passaram a incidir também às demandas para entrega de coisa.

A **tutela inibitória**, enfim, visa evitar lesão a direito, a conservar a sua integridade, ou a impedir que o direito se degrade, serve para evitar a ocorrência do ato ilícito, bem como para estancar agressão continuada a direito. Obtido isto, evitar-se-á a ação indenizatória ressarcitória. A tutela inibitória impõe ao réu um fazer ou não fazer, podendo ser determinada liminarmente. E a sua eficácia tem se revelado na prática forense com nível de excelência, considerando o poder de convencimento da pena pecuniária para a hipótese de descumprimento.⁵³⁵

6.6. As liminares.

As liminares remontam ao direito romano, onde coexistiram, consoante Galeno Lacerda, dois sistemas processuais paralelos.⁵³⁶ A concessão de liminares é possível tanto em tutelas cautelares como em tutelas antecipadas. As cautelares não visam, como a primeira vista pode parecer, a que o magistrado impulsione a relação processual ofertando uma vantagem à parte que da mesma se beneficia. Isto não procede. É cediço que as ações cautelares objetivam, exatamente, assegurar o equilíbrio das partes no processo principal. Pressupõem, portanto, um desequilíbrio fático-jurídico em desfavor de quem da mesma se socorre. Adiante-se que o perigo da prestação judicial nem sequer diz respeito ao próprio

⁵³⁴ Neste contexto, Marcelo Lima Guerra distingue: “*Verifica-se, portanto, que a diferença fundamental entre a execução indireta e a direta consiste em que nessa última as medidas empregadas pelo juiz realizam, elas mesmas, a tutela executiva (vale dizer, a satisfação coativa do credor), enquanto na execução indireta a tutela realiza-se sempre com o cumprimento pelo próprio devedor da obrigação, embora induzido pela imposição de medidas coercitivas*”. GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 28.

⁵³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 82.

⁵³⁶ Sobre esses sistemas diz-nos Galeno Lacerda: “... um, representado pelo procedimento interdital, a iniciar-se com a tutela liminar em favor do demandante; outro, a pressupor a igualdade das partes no procedimento contraditório da actio. Os decretos liminares de segurança filiam-se ao primeiro sistema e aparecem, segundo Cocceius, nas inibitiones germânicas da Alta Idade Média, cabíveis, entre outras hipóteses, quando ocorresse ameaça de dano irreparável, ou houvesse periculum in mora, elementos essenciais à função cautelar atual”. LACERDA, Galeno. *Comentários ao CPC*. Vol. VIII, Tomo I, 5. ed. p. 192.

processo cautelar, considerando-se sua acessoriedade e provisoriedade, ao contrário, tal situação dá-se em face da delonga da ação principal na resolução da lide.

As liminares são, na verdade, procedimentos administrativos dos quais o magistrado lança mão para garantir a eficácia da sentença ou do processo principal.⁵³⁷ As liminares não constituem espécie de tutela, mas agilizam-na.

7. Da tutela de execução (livro II do CPC).

Diferentemente da tutela de conhecimento que visa *resolver a lide*, esta espécie de tutela tem a missão de *satisfazer* concretamente o interesse “em lide” do autor-exeqüente. Este interesse já se encontra totalmente delimitado quanto à sua extensão e certo quanto à sua existência, ou seja, para que haja processo de execução necessário se faz a existência de um título executivo (judicial - artigo 584 - ou extrajudicial - artigo 585 do CPC) líquido, certo e exigível. A controvérsia acerca da existência ou não do direito do autor, já não mais existe. Agora, em face da vedação da autotutela, o Estado irá efetivar a pretensão do vencedor do processo de conhecimento, ou daquele que detenha um título executivo extrajudicial. No processo de execução o princípio do contraditório não é tão amplo quanto no de conhecimento, embora também deva, na execução, ser observado.⁵³⁸ Todos os atos processuais praticados na ação executiva são vertidos para a satisfação do direito do autor-exeqüente, a começar com a penhora, avaliação, leilão, arrematação e, enfim, a entrega do produto.

⁵³⁷ Como bem preleciona Roy Reis Friede: “A Medida Liminar pode ser conceituada como o provimento administrativo cautelar, fundado no poder discricionário do Juiz, admitido sempre que se destaquem relevantes e urgentes os fundamentos do pedido, em mira da qual estará um ato ou omissão capaz de baldar o pronunciamento judicial definitivo que reconheça, a final, o direito do impetrante no Mandado de Segurança, do requerente da Medida Cautelar (ação cautelar) ou do autor da Ação Popular e na Ação Civil Pública”. FRIEDE, Roy Reis. *Aspectos fundamentais das medidas liminares*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 49.

⁵³⁸ “O contraditório no processo civil se manifesta em todos os três tipos clássicos de processos adotados pelo nosso ordenamento positivo: processo de conhecimento, de execução e cautelar. O princípio do contraditório atua sempre no processo civil, sendo indiferente tratar-se de processo desenvolvido por meio de procedimento de jurisdição contenciosa ou de jurisdição voluntária”. NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 127.

A defesa do devedor faz-se através de embargos à execução ou de exceção (ou objeção) de pré-executividade.⁵³⁹ Os embargos à execução constituem-se numa outra ação que é distribuída por dependência à ação de execução e que, de acordo com o § 1º do artigo 739 do CPC,⁵⁴⁰ suspendem, sempre, o andamento do processo de execução. A ação de embargos tem natureza diversa da ação de execução. É ação que se enquadra dentre as tutelas cognitivas (ação de conhecimento), de natureza constitutiva negativa (desconstitutiva), incidental e que exige sempre a segurança do juízo, salvo em se tratando de execução de fazer ou não fazer.⁵⁴¹ Já a exceção de pré-executividade tem natureza jurídica de incidente processual. Não possui supedâneo legal e deriva de uma tese sustentada por Pontes de Miranda, quando na década de sessenta foi contratado por uma empresa que estava sendo executada e cujo ativo não era suficiente para a garantia do juízo. O maior de todos os processualistas encontrava-se então diante de uma situação em que não podia oferecer defesa porque não havia como garantir o juízo, pelo que, apelou para a garantia constitucional do direito ao contraditório, que, por seu turno, não estava limitado pela Constituição.⁵⁴² A exceção de pré-executividade tem natureza de incidente processual que visa atacar vícios formais constantes do título executivo e que afetam um dos seus requisitos (liquidez, certeza ou exigibilidade).⁵⁴³ Por dever intelectual devemos escrever

⁵³⁹ “A expressão objeção de pré-executividade é a mais adequada, já que o termo ‘exceção’ sugere que se trate de matéria de defesa, e, portanto, não passível de ser conhecida de ofício e sujeita a preclusão”. NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*, p. 129.

⁵⁴⁰ Como já visto acima.

⁵⁴¹ Pois o artigo 737 não exigiu a garantia do juízo para essas espécies: Art. 737. Não são admissíveis embargos do devedor antes de seguro o juízo: I - pela penhora, na execução por quantia certa; II - pelo depósito, na execução para entrega de coisa.

⁵⁴² Foi no parecer de nº 95, que Pontes de Miranda lançou as idéias da defesa na execução independentemente de embargos. MIRANDA, Pontes de. *Dez anos de pareceres*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975. p.138.

⁵⁴³ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*, p. 129.

Confirmando a originalidade de Pontes de Miranda sobre o tema, [Geraldo da Silva Batista Júnior](#), faz as seguintes considerações: “Por outro lado Pontes de Miranda foi o primeiro a falar em exceção de pré-executividade e Alberto Camiña Moreira defende o emprego desta expressão, que, no seu entender, **“assume o caráter de dedução, pelo executado, de defesa interna ao processo de execução, sem subordinação ao gravame da penhora [...] exceção na prática é a alegação articulada pelo réu”**. Para esta segunda corrente de pensamento o termo exceção é utilizado no sentido de defesa, de um modo geral. De qualquer modo devemos observar que a discussão é acadêmica e que a jurisprudência vem consagrando o uso da expressão **exceção de pré-executividade** para definir o instituto. Já o vocábulo **pré-executividade** expressa a idéia de ato praticado antes da penhora, da constrição judicial, que é o ato marcadamente executivo”. O autor também consigna a posição de Alcides Mendonça Lima: Manifestando-se de forma contrária à defesa intra-execução temos escritos de **Liebman e Alcides Mendonça de Lima**, que afirma ser boa a idéia de um tipo de defesa como este,

que na opinião de Alcides Mendonça Lima o tipo adequado de defesa na ação de execução concentra-se na ação de embargos.⁵⁴⁴ A tutela de execução não se confunde com a de conhecimento. Tem natureza exclusivamente satisfativa, ao passo que a de conhecimento além de resolver a lide também pode satisfazer, prescindindo da ação de execução, se se tratar de demanda para entrega de coisa ou obrigação de fazer e não-fazer. A execução, não visa resolver a lide, mas apenas efetivar a pretensão do autor vencedor no processo de conhecimento: eis a sua função. Para arrematar deve-se esclarecer que o STJ já vem admitindo defesa na ação de execução, independentemente da segurança do juízo, em casos excepcionais, sendo certo que a tese de Pontes de Miranda vem galgando grande acolhida na jurisprudência e na doutrina.⁵⁴⁵

8. Da tutela cautelar (livro III do CPC).

Trata-se de um terceiro gênero de tutela cuja finalidade não é nem a de resolver a lide, assim como também não é a de satisfazer a pretensão da parte autora. Por ele não se pretende, ao menos diretamente, proteger o direito material da parte, mas proteger o processo que irá dizer (tutela de conhecimento) ou satisfazer (tutela de execução) esse direito. O processo cautelar tenciona assegurar que o processo possa conseguir um resultado útil. Trata-se de uma espécie de tutela que se diferencia ainda das outras duas,

mas de lege ferenda, porque inexistente no nosso sistema". BATISTA JÚNIOR, [Geraldo da Silva](#). *Exceção de pré-executividade*. <http://www.fdc.br/>

⁵⁴⁴ Alcides Mendonça Lima tem razão, quanto ao aspecto de que, pelo código de processo civil, o meio adequado para o executado opor-se à execução é através dos embargos do devedor. Isso, entretanto, não inviabiliza o uso da exceção de pré-executividade, de toda forma merece registro a opinião deste doutrinador: "... será, sem dúvida, o caos do processo de execução, não mais protegendo o credor, como é de sua índole, para favorecer o devedor, em completa deturpação de sua acepção teleológica" (...) "a antecedência da penhora é conditio sine qua non da atitude do devedor...". LIMA, Alcides de Mendonça. *Processo de conhecimento e processo de execução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.275/290.

⁵⁴⁵ Neste sentido Superior Tribunal de Justiça. Rip:00000765 decisão:08.10.1991. Processo: resp - num:0007410 ano:91 uf:mt turma:04. Recurso especial. Fonte: DJ - data: 25.11.1991. Pg:17078. RSTJ - vol.:00031 pg:00348. Ementa: "*processo civil. Execução. Embargos do devedor. Segurança do juízo. Pressuposto. Cpc, art. 737. Duplicata. Prestação de serviço. Recurso desprovido. I - o sistema processual que rege a execução por quantia certa, salvo as exceções legais, exige a segurança do juízo como pressuposto para o oferecimento dos embargos do devedor. II - somente em casos excepcionais, sobre os quais a doutrina e a jurisprudência vêm se debruçando, se admite a dispensa desse pressuposto, pena de subversão do sistema que disciplina os embargos do devedor e a própria execução. IV - recurso parcialmente provido. Relator: ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*".

pela sua *provisoriedade*, isto é, a sua duração é restrita ao aguardo da solução do processo principal. Tem duração limitada à decisão da ação principal (artigo 807). Além disso, uma outra característica é a da *acessoriedade* que está a indicar que é sempre dependente de outro processo, e será, ao final, substituída por outra tutela (artigo 796).⁵⁴⁶

Atualmente, após a reforma da lei nº 10.444/02, que alterou o artigo 273, a tutela cautelar foi trazida para o âmbito do processo de conhecimento, podendo, agora, ser deferida pelo juiz naquelas hipóteses nas quais a parte ou o interessado requerem uma antecipação da tutela de forma equivocada, pois que deveriam ter requerido a cautelar. Sempre que a providência jurisdicional requerida coincidir, no todo ou em parte, com o objeto do processo estaremos diante de uma tutela antecipada, satisfativa, portanto. Doutro turno, sempre que a providência solicitada não coincidir com o objeto do processo, mas tenha a finalidade de garantir a sua eficácia final, estaremos diante de uma tutela cautelar, instrumental-processual, portanto.

9. Tutelas cognitivas de rito especial (livro IV do CPC): a tutela monitoria.

O livro IV do CPC reservou tipos diferenciados de procedimentos para várias ações cognitivas, de modo que, a rigor, este livro não se destinou ao tratamento de outras espécies de tutelas distintas das do livro I, exceto uma: a tutela monitoria.

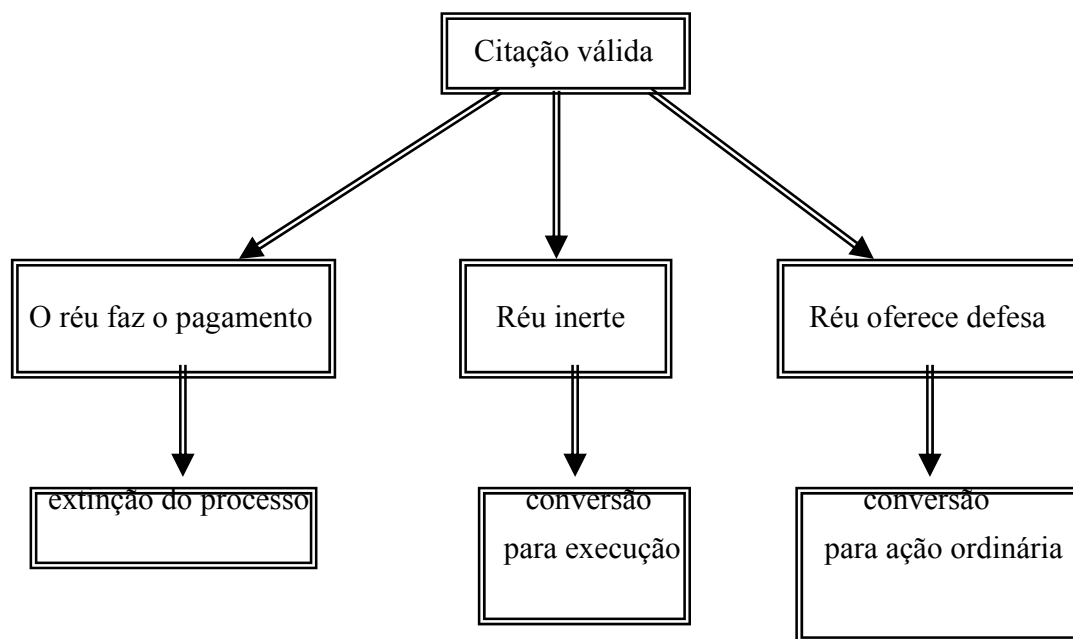
⁵⁴⁶ Carnelutti classifica as tutelas cautelares da seguinte forma: 1- diante do estado de fato da lide em: a)- de impedimento à provável mutação da situação (sequestro, antecipação da prova); b)- de eliminação de mutação, já ocorrida (busca e apreensão); c)- de antecipação de mutação (guarda provisória, separação de corpos); 2- Quanto ao momento da propositura: preparatórias, incidentais. 3- Quanto à denominação: típicas e atípicas. 3.1. Cautelares típicas: Sobre bens, ex: arresto, 813, sequestro, 822, e caução, 826; Sobre provas, ex: exibição, 844, produção antecipada de prova, 846; Sobre pessoas, 888, III, IV, V, VI e VII, 852; e Outras conservativas/satisfativas que não são, na verdade, cautelares porque condição dessa espécie de tutela é que seja, sempre, exercitável através de um processo acessório e provisório, ex: justificação 861, não é processo contencioso, não há contestação e serve apenas para documentação; protesto, notificação e interpelação (867-873) são apenas medidas conservativas. Penhor legal (874) e a “posse em nome de nascituro” (877), com funções satisfativas; protesto de título cambiariiforme (882), cuja função é essencialmente probatória. Em suas instituições, este autor demonstra que o processo cautelar pode tanto ser instrumental quanto “final”: “*Processo cautelar instrumental é o que visa garantir os meios do processo definitivo (...) Processo cautelar final é, por sua vez, o que serve para garantir a praticidade do processo definitivo...*”. CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Vol. I. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999, p. 136.

Disciplina os procedimentos especiais, na verdade abrange ações de conhecimento cujos atos processuais têm forma diversa dos procedimentos regulados pelo livro I (procedimento comum: ordinário e sumário, artigo 272). A noção distintiva de processo e procedimento faz-se necessária: processo é relação jurídica angular que regula o conjunto de atos processuais com o fim de solucionar o conflito de interesses pré-existente. Ao passo que procedimento é a forma pela qual tais atos processuais praticam-se. Assim, se no procedimento ordinário o réu é citado para apresentar defesa no prazo de quinze dias, no de consignação em pagamento o autor primeiramente deposita a quantia injustamente recusada pelo credor, para, somente depois, efetuar a citação. São formas diferentes de se praticarem atos processuais. É o que ocorre com a maioria absoluta das ações do livro IV: praticam-se atos de maneira distinta da do livro I, todavia, a finalidade de tais ‘processos’ em nada difere daqueles que tramitam sob a égide do procedimento ordinário ou sumário: eles visam *resolver a lide*.

Mas, o artigo 1102 contém uma exceção a essa regra. Ele regulamenta a ação monitória introduzida pela lei 9.079/95. Trata-se de uma tutela que de forma fictícia admite que o processo cognitivo já existiu, sem que isso efetivamente tenha ocorrido. Exige um título, um documento escrito, mas que não possui todos os requisitos para a ação executiva. Requer prova documental acerca da existência do crédito, ou da propriedade, ou pose de coisa móvel ou fungível. Entretanto, não chega ao extremo de permitir, imediatamente, a execução. É uma tutela situada entre a de conhecimento e a de execução.⁵⁴⁷ Na tutela monitória o réu é citado para pagar determinada quantia ou entregar a coisa, fungível ou móvel, no prazo de quinze dias, sem os encargos sucumbenciais (custas processuais e honorários advocatícios), trata-se de um incentivo ao pagamento espontâneo, que, uma vez efetuado, acarretará a extinção meritória do processo. Mas pode ser que o réu, em vez de pagar, quede-se inerte. Nesse caso se ele não oferecer defesa, nem pagar a dívida o

⁵⁴⁷ Após analisar o instituto da monitória no direito comparado, Frederico Neves consigna: “*Eis que surge, com a recente inovação, um ‘tertium genus’ (terceiro gênero), que caracteriza-se como sendo um procedimento intermediário que se põe entre o processo de conhecimento pleno e exauriente e o processo de execução, criado com o objetivo de abreviar a solução definitiva de algumas espécies de litígios*”. NEVES, Frederico Ricardo de Almeida. *Breves comentários sobre a ação monitória. Doutrina e prática*. Recife: Nossa Livraria, 1996, p. 23. Na página 25 o autor posiciona-se dentre os que concebem a monitória como uma espécie do gênero: procedimento cognitivo: “*É iniludível, portanto, a característica cognitiva do procedimento recém-criado – ainda que esta cognição seja reduzida ou abreviada – porquanto presta-se como instrumento para a construção do título executivo*”.

processo monitorio converter-se-á, por ato do juiz, em processo de execução, servindo o mandado de citação como título executivo judicial e, a partir de então, seguirá todo o procedimento executivo. Mas a terceira alternativa do réu (a 1ª seria pagar, e isso acarretaria a extinção do processo com julgamento do mérito; a segunda seria não pagar nem oferecer defesa, e isso acarretaria a conversão do procedimento monitorio em execução) seria oferecer defesa. A defesa na ação monitoria faz-se através de embargos. Entretanto, esses embargos têm natureza jurídica de contestação⁵⁴⁸ e independem da garantia do juízo. Isso importa na conversão da ação monitoria em ação ordinária de cobrança. Em resumo a tutela monitoria pode ser assim resumida:



⁵⁴⁸ Também a questão sobre a natureza jurídica dos embargos na ação monitoria não é pacífica. Frederico Neves, por exemplo, demonstrando supedâneo doutrinário, escreve: "No meu sentir, a criação dos embargos, como verdadeira ação de cognição incidental, embutida nos autos da ação monitoria, dificultará, sobremaneira, a obtenção do título executivo". Ibidem, p. 43-4.

Procedemos com uma amostragem das espécies de tutelas existentes no nosso CPC, feita a ressalva da tutela inibitória e da específica do artigo 461, na forma antecipada em conjugação com o artigo 273. Depois da vigência da lei nº 10.444/02 temos uma tutela de conhecimento totalmente afastada da anciã idéia de 1973, cuja finalidade era apenas a de dizer o direito sem satisfação da pretensão. Hoje, a tutela cognitiva, além de declarar a quem pertence o direito, também satisfaz e acautela.

10. Poderes compreendidos na jurisdição.

Dentre os poderes compreendidos no exercício da Jurisdição, destacam-se: 01- de **decisão**, que permite ao juiz conhecer o caso, selecionar os elementos de prova e decidir. Esta decisão abrange tanto os provimentos de mérito quanto os meramente processuais; 02- de **coerção**, pelo qual se obriga a parte perdedora a cumprir o mandamento judicial, isso pode ocorrer em quase todas as espécies de tutela, pois na de conhecimento temos a tutela inibitória, a específica e a de entrega de coisa, que agora são mandamentais (artigos 461 e 461-A), permitindo-se ao juiz compelir o demandado, aplicando-lhe uma pena pecuniária em caso de descumprimento. Nas cautelares tem-se o exemplo do arresto e seqüestro. E o processo de execução, cuja finalidade é eminentemente satisfativa, tem-se até a alienação judicial do patrimônio do devedor ou responsável para garantir o crédito da parte exequente;⁵⁴⁹ 03- de **documentação** que designa a necessidade de representação escrita dos atos processuais.⁵⁵⁰

11. Princípios e garantias da jurisdição contenciosa.

Como princípios informativos da jurisdição contenciosa a doutrina enumera:

01- o da *investidura*, pelo qual os juízes somente poderão exercer a Jurisdição dês que devidamente investidos: a Jurisdição é função afeta aos juízes; 02- o da

⁵⁴⁹ De acordo com o artigo 647: *A expropriação consiste: I - na alienação de bens do devedor; II - na adjudicação em favor do credor; III - no usufruto de imóvel ou de empresa.*

⁵⁵⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Vol. I. p. 71.

indelegabilidade, pelo qual veda-se a delegação da atividade jurisdicional a terceiros estranhos à função judicante. Perceba-se que o artigo 200 do CPC determina que os atos processuais sejam cumpridos por ordem judicial ou requisitados por cartas, quando devam praticar-se fora dos limites territoriais da comarca do juiz que preside o processo. O artigo 201⁵⁵¹ enumera casos nos quais os atos processuais serão praticados por juízes que não participam do julgamento do processo.⁵⁵² Todavia, isso não pode ser concebido como uma exceção ao princípio da indelegabilidade. Na carta de ordem o ato processual a ser praticado, p. ex: num processo de competência do Tribunal de Justiça de Pernambuco quando o Relator pretender ouvir uma testemunha que reside na Comarca de Petrolina, situada há mais de 800 Km do Recife, expedirá carta de ordem para que o juiz de direito da comarca de Petrolina proceda à ouvida. Quando um juiz de direito da comarca do Recife pretender tomar o depoimento de uma testemunha residente em Porto Alegre expedirá carta precatória para o juiz de Porto Alegre praticar tal ato. Na carta rogatória uma autoridade judicial de um país dirige o requerimento para a prática de um ato processual à autoridade judiciária competente de outro país. Esses casos, porém, não indicam exceções ao princípio da indelegabilidade da jurisdição, posto que em todos eles o cumprimento das ordens judiciais se dará por membros integrantes da carreira judicante;

03- o da *aderência ao território*, determina que os juízes somente poderão exercer a Jurisdição nos limites territoriais da sua comarca, eis que não é lícito a nenhum juiz invadir a competência de outros juízes. Veja-se que quando o juiz necessitar determinar a prática de um ato processual fora da circunscrição territorial de seu juízo deverá servir-se do artigo 201. A hipótese do artigo 107 do CPC, que estende a competência de um juiz à

⁵⁵¹ O artigo 201 diz: *Expedir-se-á carta de ordem se o juiz for subordinado ao tribunal de que ela emanar; carta rogatória, quando dirigida à autoridade judiciária estrangeira; e carta precatória nos demais casos.*

⁵⁵² Embora o enunciado da súmula 46 do Superior Tribunal de Justiça ressalve que: *Na execução por carta, os embargos do devedor serão decididos no juízo deprecante, salvo se versarem unicamente vícios ou defeitos da penhora, avaliação ou alienação dos bens.* Esclarecendo o assunto, Athos Carneiro impende: “... os embargos somente deverão tramitar perante o juízo deprecado quando disserem respeito apenas à matéria relacionada diretamente com o bem que lá se penhorou ou com a validade de atos processuais lá realizados. Assim, a arguição de nulidade da penhora, ou da praça ou do leilão, ou da adjudicação, por preteridas formalidades essenciais, merecem ser apreciadas pelo juízo deprecado, que ordenou e presidiu tais atos executórios. Mas a matéria de mérito, vinculada à própria pretensão de direito material, cumpre ser julgada no foro da execução. Assim sendo, o juízo requerido deve ser entendido, em princípio, como sendo o juízo perante o qual o credor requereu a execução: como sendo, portanto, o juízo deprecante e não o juízo deprecado”. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva. 3. ed. 1989, p. 96.

comarca de outro, quando a ação versar sobre bem imóvel situado em mais de um Estado ou comarca, caso em que se determinará pela prevenção, alastrando-se sobre a totalidade do imóvel, mesmo quanto à parte situada noutra comarca,⁵⁵³ foge à regra da adstrição da jurisdição ao território.⁵⁵⁴

Além desses princípios Ernani Fidelis aponta algumas *garantias* constitucionais da jurisdição, como a da *imparcialidade do juiz e do juízo* - na verdade esta garantia constitui-se num pressuposto processual subjetivo em relação ao juiz; *independência do juiz*, pela qual o juiz não fica submetido a nenhuma autoridade superior, no exercício da atividade jurisdicional ele é soberano; a do *juiz natural*, pela qual é vedada a instituição de juízos ou tribunais de exceção; a garantia da *improrrogabilidade da jurisdição* - na verdade se confunde o princípio da indelegabilidade da jurisdição.⁵⁵⁵ Eduardo Arruda Alvim fala ainda no princípio da *ubiquidade e da indeclinabilidade*, no sentido de que a jurisdição alcança a tudo e a todos, sua base constitucional encontra-se no inciso XXXV do artigo 5º, segundo o qual - *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*. O dever de o juiz sentenciar ou despachar mesmo na ausência ou obscuridade da lei consta do artigo 126 do CPC.⁵⁵⁶

12. Unidade e espécies de jurisdição.

A Jurisdição é função una e sua “divisão” em civil, penal, administrativa, eleitoral, etc., decorre de necessidade de razão prática.⁵⁵⁷ Inclusive a diversidade da matéria em relação aos conflitos de interesses a serem compostos pelos órgãos jurisdicionais não diversificam a atividade jurisdicional. Assim, a Jurisdição é una porque ela é sempre

⁵⁵³ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. p. 72.

⁵⁵⁴ “Desse princípio decorre que fora da circunscrição territorial o juiz não exerce jurisdição, não é juiz, mas simples cidadão particular. (...) Ao princípio, entretanto, se oferecem umas poucas exceções como, por exemplo, a regulada pelo art. 107...” Ibidem.

⁵⁵⁵ SANTOS, Ernani Fidelis dos. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 11-12.

⁵⁵⁶ “A extensão dessa regra compreende, também, a ‘ameaça de lesão’, o que diz com a garantia constitucional das medidas cautelares. Assim, há dever de prestação da tutela jurisdicional e não simples faculdade”. ALVIM, Eduardo Arruda, op. cit. p. 49.

⁵⁵⁷ SANTOS, Ernani Fidelis dos, op. cit. p. 14. BARRETO, Ricardo. *Curso direito processual Civil*, p. 3.

idêntica e quando se fala em espécies de Jurisdição apenas aventa-se exatamente essa imperiosa vicissitude.⁵⁵⁸

A premência de ordem prática na resolução das lides acabou por empreender uma ‘subdivisão’ por matéria e por pessoa na atividade jurisdicional. Neste sentido, a jurisdição subdivide-se em relação à matéria em civil e penal. Esta cuida dos casos de natureza penal e aquela das lides de natureza não penal. Dentre estas lides não penais destacam-se outras subdivisões, tais como as espécies: eleitoral, trabalhista, militar, etc. Já em face da gradação dos órgãos judiciais tem-se a jurisdição inferior e superior. Aquela é exercida monocraticamente pelos juízes de primeira instância, ressaltando-se, obviamente, as causas de competência originária dos próprios tribunais, as quais tramitam desde o início já no segundo, terceiro, ou quarto grau. Esta (jurisdição superior), constitui-se de órgãos colegiados em obediência ao princípio do duplo grau de jurisdição.

Quanto à proveniência ou origem, há quem classifique a jurisdição em legal e convencional. A legal é verdadeiramente a jurisdição em sentido estrito, eis que é função estatal dotada de poder de coerção. Ao passo que a ‘jurisdição’ convencional decorre da arbitragem (lei 9.307/96), a bem da verdade trata-se de aparelhamento de solução de controvérsias paraestatal. A nota da coerção, de fato, é o detalhe diferenciador que merece adoção para se distinguir esses dois sistemas, podendo-se acrescentar o fato de que a sentença arbitral quando não atendida não pode ser imposta coercitivamente pelo árbitro, para tanto, deve-se recorrer ao poder judiciário. Isto está a demonstrar que a arbitragem deve ser considerada como uma espécie de atividade para-jurisdicional, não jurisdicional propriamente dita.

Classifica-se ainda a jurisdição em contenciosa e voluntária (graciosa). Pela classificação do CPC, são espécies da jurisdição civil, pois o artigo 1º obtempera: *A jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juízes, em todo o território nacional, conforme as disposições que este Código estabelece.*⁵⁵⁹ Pois bem, contenciosa é

⁵⁵⁸ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. p. 73.

⁵⁵⁹ Veja-se que não há referência à arbitragem neste artigo, embora a lei 9.307/96 diga que o árbitro é juiz de fato e de direito, e que a sua sentença não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário. Fôssemos discutir a questão meramente legal, seríamos impelidos a admitir o caráter jurisdicional da arbitragem. Entretanto, a questão não pode ser posta de forma assim tão simplista, mas deve ser enfocada sob o aspecto teleológico e lógico: sendo verdadeiro que a jurisdição, para se caracterizar, requer o poder de coação, logo a arbitragem não se enquadra em espécie sua.

a atividade jurisdicional que se destina a compor conflitos de interesses, pressupõe a existência de uma lide (conflito caracterizado por uma resistência ao exercício de uma pretensão). A jurisdição contenciosa caracteriza-se pela existência de partes, pela possibilidade de contraditório e ainda pelo fato de a sentença produzir coisa julgada material.⁵⁶⁰ A jurisdição voluntária, que, a rigor, não é jurisdição em sentido estrito, guarda semelhança com a jurisdição contenciosa pelo fato de ambas serem exercidas pelos órgãos jurisdicionais investidos em conformidade com a Constituição Federal e que se destinam a assegurar a paz jurídica. Mas, a jurisdição voluntária atua a lei em casos onde não há interesses conflitantes, daí denominar-se de *inter volentes*. Diz-se graciosa porque é um benefício estatal, e diz-se, também, administrativa porque a bem da verdade envolve a administração de interesses particulares através do poder judiciário.⁵⁶¹

Mas isso não quer significar que a jurisdição voluntária não salvaguarde direitos subjetivos. Por ela também se protegem direitos subjetivos, só que de modo diferente do ocorrente na jurisdição contenciosa, pois nesta o interesse de agir consiste numa lesão, ameaça de lesão, ou na incerteza acerca de relações jurídicas, naquela a proteção ao direito subjetivo não visa restaurá-lo, porém, para proporcionar o seu surgimento ou o seu exercício.⁵⁶²

De toda forma, vejamos alguns princípios que a orientam.

12.1. Princípios da jurisdição voluntária.

⁵⁶⁰ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. p. 76-7.

⁵⁶¹ “... como já foi observado, a (impropriamente) chamada jurisdição voluntária ou graciosa, que, sem embargo de caber ao Poder Judiciário, não se constitui em atividade jurisdicional propriamente dita, senão que na realidade compreende uma atividade tipicamente administrativa, daí porque alguns a conceituam como administração pública dos interesses privados.” ALVIM, Eduardo Arruda, op. cit. p. 44. Mas, apesar de predominar na doutrina o entendimento de que a jurisdição voluntária é de índole administrativa, Frederico Marques registra vários exemplos de doutrinadores que lhe atribuem caráter jurisdicional, tais como Otto Mayer e Santi Romano. MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*, p. 73-5.

⁵⁶² Tanto que Frederico Marques acrescenta que “Em ambos os casos, portanto, está em jogo, mediata ou imediatamente, a tutela de direitos subjetivos; e, embora a atuação do juiz seja diversa nos dois casos, aquele traço comum justifica plenamente a atribuição das funções tutelares da jurisdição voluntária aos órgãos da Magistratura”. Ibidem, p. 39.

Os princípios atinentes à Jurisdição contenciosa não se aplicam à Jurisdição voluntária, pois em relação a esta função o Estado age, exclusivamente, atuando o paradigma da boa administração. Esta administração, é certo, requer uma relação jurídica processual (atípica), pois que, segundo parte da doutrina, é de processo sem lide que se cuida.⁵⁶³

Na jurisdição voluntária vislumbra-se a possibilidade **da atuação de ofício do juiz**, por isso – defende-se – seria verdadeiro princípio.⁵⁶⁴ Mas o princípio da inércia, pelo qual nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando provocado pelas partes (artigo 2º do CPC), aplica-se aos casos de Jurisdição voluntária, pois o artigo 1104, que trata desta Jurisdição, escreve: *O procedimento terá início por provocação do interessado ou do Ministério Público, cabendo-lhes formular o pedido em requerimento dirigido ao juiz, devidamente instruído com os documentos necessários e com a indicação da providência judicial*. Apesar disso, contudo, existem exceções à inércia como o caso da arrecadação de bens de herança jacente, que pode ser determinada pelo juiz independentemente de provocação do interessado.⁵⁶⁵ Não se pense, entretanto, que isso (exceção à inércia) é exclusivo da jurisdição voluntária, também a contenciosa permite hipótese de exceção ao princípio da inércia, pois o artigo 989, que trata do procedimento especial de inventário, dispõe: *O juiz determinará, **de ofício**, que se inicie o inventário, se nenhuma das pessoas mencionadas nos artigos antecedentes o requerer no prazo legal*. Então, não é o fato de existirem exceções que torna um princípio inaplicável. De nossa parte, achamos o artigo 1104 é absolutamente claro ao dispor sobre a aplicação do princípio da inércia à jurisdição voluntária.

Princípio da inexistência de partes, pois como já foi visto não existem partes na Jurisdição voluntária, mas meros interessados. **Princípio do procedimento de**

⁵⁶³ MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. 1. ed. atualizada, revista e complementada por SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros. Capinas: Millennium, 2000, p. 247, onde o autor demonstra que nos processos sem lide: “... a situação contenciosa, como disse Pavanini, decorre do direito objetivo, e o conflito ‘è stato diremo quasi schematizzato dal legislatore nella valutazione pregiuridica’”. Os tipos pela doutrina clássica de processos sem lide (anulação de casamento, separação litigiosa) são contestados por Marques: “Quer-nos parecer que esses autores procuram deslocar o problema do campo funcional, ou seja, da análise da atividade judiciária, para o da relação jurídica que dela será objeto (...) Assimilar-se qualquer destes processos aos simples procedimentos de jurisdição voluntária é confundir funções inconfundíveis”. Ibidem.

⁵⁶⁴ A que Fidelis erige à categoria de princípio. SANTOS, Ernani Fidelis dos, op. cit. p. 16.

⁵⁶⁵ Ibidem.

Jurisdição voluntária, segundo Fidelis nessa espécie de atuação da função estatal de atuar o direito não há processo porque não há litígio, há apenas um conjunto de atos que caracterizam o procedimento.⁵⁶⁶ Este posicionamento, porém, não é pacífico, posto que vários autores clássicos dizem que esta espécie jurisdicional admite *processo* ‘sem lide’. Preferimos dizer tratar-se de relação processual atípica, pois é inegável que nalguns casos a própria jurisdição voluntária basta para salvaguardar o direito subjetivo do interessado, tal como acontece com a medida de justificação (artigo 861 e segs do CPC).

Princípio da inexistência da revelia, pois na Jurisdição voluntária o artigo 1106 não estabelece penalidade de presunção de verdade dos fatos alegados se o interessado que deve ser citado não oferecer resposta. **Princípio inquisitivo** na Jurisdição voluntária, para Fidelis na Jurisdição contenciosa impera, em relação às provas, o princípio do dispositivo e o juiz apenas poderia ordenar a produção de prova de ofício, em caráter excepcional. Ao passo que na Jurisdição voluntária a atividade do juiz é ampla. Mas, Moacyr Amaral Santos, que tem um excelente tratado sobre assunto, afirma que em matéria probatória, na Jurisdição contenciosa, não se aplica o princípio do dispositivo. Aplica-se o princípio da *iniciativa oficial*, ou seja, o juiz poderia, como de fato pode, determinar a produção de provas de ofício. Isto nos parece muito mais acertado, sobretudo, em razão do prescrito no artigo 130 do CPC, que, expressa e insofismavelmente, confere ao juiz poder para determinar a produção de provas independentemente de provocação das partes.⁵⁶⁷

Princípio da inexistência de limites à decisão judicial na Jurisdição voluntária, é que nessa “espécie” de Jurisdição o juiz não fica adstrito aos fundamentos do pedido nem da defesa (princípio da demanda), devendo decidir pelo que achar mais conveniente e oportuno, como permite o artigo 1109. **Princípio da inaplicabilidade da legalidade estrita**, este mesmo artigo 1109 diz que o juiz ao atuar na Jurisdição voluntária não está obrigado a observar o critério da legalidade estrita. Mas não se pense que o juiz pode alterar o direito material, as alterações ou inaplicações da lei referem-se às leis

⁵⁶⁶ Ibidem, p. 17.

⁵⁶⁷ Neste sentido diz Moacyr Amaral: “*Resulta desse princípio (iniciativa oficial) que o juiz, que é quem dirige a instrução probatória, não está circunscrito, na averiguação dos fatos, às provas propostas pelas partes, podendo não admiti-las, não só porque inadmissíveis quando também manifestamente protelatórias (desnecessárias, inadequadas, impossíveis, inúteis), ou ainda podendo determinar de ofício, a produção de outras provas que entender necessárias à formação de sua convicção quanto à verdade dos fatos*”. SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. Vol. II, p. 349-50.

estritamente processuais. **Princípio da inexistência da coisa julgada material**, na Jurisdição voluntária apenas ocorre a coisa julgada formal, não a material, sendo lícito a anulação de uma decisão administrativa (Jurisdição voluntária) proferida pelo juiz, através de ação judicial contenciosa. Aplica-se a máxima de que os atos administrativos podem ser anulados pelo judiciário.⁵⁶⁸

Princípio da ampliação da capacidade processual, na Jurisdição voluntária permite-se exceções ao rigor deste pressuposto processual. Permite, p. ex., que um menor de 21 anos e maior de 18 possa requerer sua emancipação prescindindo da assistência do tutor. Mas, agora, em face da redação do inciso I do artigo 4º do novo CC, que ampliou a capacidade para os atos da vida civil - de forma plena - para os maiores de 18 anos, esta distinção perdeu o sentido. É que com a vigência da Lei nº 10.406/02, o artigo 7º do CPC, que trata da capacidade de estar em juízo, deve ser interpretado em do inexperto texto civil-material. **Princípio da limitação ao sistema recursal**, porque se veda a recorribilidade de decisões interlocutórias, apenas permite-se o recurso de apelação. Podemos acrescentar que no caso da medida cautelar de justificação (artigo 861), que a doutrina considera caso de Jurisdição voluntária, nem mesmo cabe o recurso de apelação. Enfim, deve ser registrado, que, a par da existência de princípios próprios regedores da jurisdição voluntária, quando num desses procedimentos ocorrer litigiosidade – o que se admite em princípio - os princípios a serem aplicados serão os da Jurisdição contenciosa. No sentido inverso, também é possível aplicar-se os princípios da Jurisdição voluntária a casos de Jurisdição contenciosa, quando p. ex., o juiz age como administrador no caso do artigo 666, nesses casos o juiz pode fazer uso do artigo 1109 do CPC, para afastar-se da legalidade estrita.⁵⁶⁹

13. Órgãos da jurisdição.

⁵⁶⁸ SANTOS, Ernani Fidelis dos, op. cit. p. 18.

⁵⁶⁹ Ibidem, p. 19-20.

Os órgãos da Jurisdição estão discriminados no artigo 92 da Constituição.⁵⁷⁰
Iniciemos pelo Supremo Tribunal Federal.

13.1. Do Supremo Tribunal Federal.

O STF é o órgão máximo da *Jurisdição constitucional* e atua no controle abstrato de constitucionalidade de leis e atos normativos em face da Constituição Federal.⁵⁷¹ Além dessa função o STF também se articula como instância máxima de superposição em relação às justiças ordinárias (federal e estadual) e especiais (do trabalho, eleitoral, militar). Em grau de recurso (ordinário ou extraordinário) o STF tem competência para apreciar causas já decididas pela justiça ordinária ou especial, caso em que funciona como órgão jurisdicional de 2º e 3º graus, conforme o caso concreto determine a competência em primeira ou segunda instância.

Em relação aos Estados-membros o artigo 125 da Constituição Federal, permitiu que essas entidades federadas organizassem sua justiça, mas mandou que fossem observados os princípios estabelecidos na Constituição Federal. E no § 2º disse a

⁵⁷⁰ Que dispõe: *São órgãos do Poder Judiciário: I - o Supremo Tribunal Federal; II - o Superior Tribunal de Justiça; III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho; V - os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juízes Militares; VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. Parágrafo único. O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal e jurisdição em todo território nacional.*

⁵⁷¹ Existe precedente desse tribunal no sentido de que atos estatais de efeitos concretos, por serem despojados do caráter de normatividade escapam ao controle da fiscalização jurisdicional-constitucional-abstrata. Neste sentido vide precedente: número do processo: adimc643. Classe: ADIMC - ação direta de inconstitucionalidade - medida cautelar. Origem: SP - São Paulo. Relator: min:155 -ministro Celso de Mello. Revisor: relator para acórdão: partes: julgamento: 1991/12/19. Sessão: TP - Tribunal Pleno. Publicações: DJ data-03-04-92 pp-04289. Ementa vol-01656-01 pp-00118 rtj vol-00139-01 pp-00073. Ementa: “*Ação direta de inconstitucionalidade - Estado de São Paulo - Lei n. 7.210/91 - doação de bens inservíveis e/ou excedentes a entidade de direito privado - ato materialmente administrativo - impossibilidade de controle concentrado de constitucionalidade - não conhecimento. . - objeto do controle normativo abstrato, perante a Suprema Corte, são, em nosso sistema de direito positivo, exclusivamente, os atos normativos federais ou estaduais. Refogem a essa jurisdição excepcional de controle os atos materialmente administrativos, ainda que incorporados ao texto de lei formal. . - os atos estatais de efeitos concretos - porque despojados de qualquer coeficiente de normatividade ou de generalidade abstrata - não são passíveis de fiscalização jurisdicional, "em tese," quanto a sua compatibilidade vertical com o texto da constituição. . Lei estadual, cujo conteúdo veicule ato materialmente administrativo (doação de bens públicos a entidade privada), não se expõe a jurisdição constitucional concentrada do Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta*”.

Constituição que os Estados podem instituir sistema de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, mas em face da Constituição Estadual, restando ainda vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão. De acordo com o artigo 101 da Constituição Federal, *O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada*. Os seus ministros são nomeados pelo Presidente da República, desde que a escolha seja aprovada pelo Senado Federal.

O Supremo Tribunal Federal exerce uma dupla função: a 1ª é a de Corte Constitucional, na qual atua como órgão de jurisdição constitucional julgando as causas relacionadas com a interpretação da Constituição Federal, tal como estabelece a alínea a) do artigo 102 da Carta Política: *a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal*, e ainda a ação de descumprimento de preceito fundamental, bem como as referentes a conflitos de competência de entidades federadas;⁵⁷² a segunda é de instância

⁵⁷² No Brasil, o Supremo exerce, para além, das funções de Corte Revisora das decisões dos tribunais inferiores, outras que não se enquadram no âmbito da jurisdição constitucional. Que vem estabelecida no artigo 102 da Constituição Federal, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente: "...b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado, ressalvado o disposto no art.52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; d) o "habeas-corpus", sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o "habeas-data" contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território; f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta; g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro; h) a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão do "exequatur" às cartas rogatórias, que podem ser conferidas pelo regimento interno a seu Presidente; i) o "habeas-corpus", quando o co-autor ou o paciente for tribunal, autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados; l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais; n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados; o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal; p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade; q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma

revisora, cabendo-lhe atuar mediante provocação por recurso ordinário e extraordinário, caso em que o STF incorpora atribuições de verdadeiro Tribunal Supremo integrante do Poder Judiciário.⁵⁷³

Qualquer arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal na forma da lei, não pelos tribunais de justiça. Segundo o artigo 102 da CF, as decisões *de mérito* do STF nas ações *declaratórias* de constitucionalidade de lei ou ato normativo *federal* produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. Observe-se que não há determinação constitucional de efeito vinculante decorrente das decisões do supremo em outra espécie de ação. A expressão *vinculante* tem apenas uma única ocorrência na Constituição Federal e é exatamente a supracomentada.

13.2. Do Superior Tribunal de Justiça.

Este tribunal foi criado pela atual Constituição Federal e substituiu o antigo Tribunal Federal de Recursos.⁵⁷⁴ É o órgão jurisdicional integrante do Poder Judiciário que

regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal”.

⁵⁷³ Em recurso ordinário cabe-lhe o julgamento de: a) o "habeas-corpus", o mandado de segurança, o "habeas-data" e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; b) o crime político. Em recurso extraordinário, cabe-lhe: as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

⁵⁷⁴ Originariamente, cabe-lhe processar e julgar: “a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais; b) os mandados de segurança e os "habeas-data" contra ato de Ministro de Estado ou do próprio Tribunal; c) os "habeas-corpus", quando o coator ou o paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea "a", ou quando o coator for Ministro de Estado, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral; d) os conflitos de jurisdição entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art.102, I, "o", bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos; e) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados;

tem a função de interpretar a lei federal, bem como de processar e julgar, através de recurso especial, decisões judiciais proferidas pelos Tribunais de Justiça dos Estados e Distrito Federal e Tribunais Regionais Federais, em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. Observe-se que quando a decisão de um juiz de primeiro grau incidir numa dessas hipóteses o recurso cabível será: o agravo (se a decisão for interlocutória); e a apelação (se se tratar de sentença); ou embargos infringentes (naquele caso do artigo 34 da lei 6.830/80, da LEF porque nas causas de execução fiscal de alçada igual ou inferior ao correspondente a 50 OTNs, não cabe apelação contra a decisão monocrática, mas apenas recurso de embargos de declaração e embargos infringentes para próprio juiz.⁵⁷⁵ Também não se deve esquecer que a lei 9.756/98 criou o recurso especial e extraordinário na forma retida, quando a decisão for interlocutória, em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução. Mas veja-se que não se trata de decisão interlocutória de primeira instância porque a previsão constitucional para a admissão de recurso especial é apenas contra decisões proferidas pelos TJs e TRFs, em única ou última instância, pois que o artigo 541 do CPC apenas permitiu o uso dos recursos extraordinário e especial nos casos previstos pela Constituição, ou seja, nos casos supra, apenas. Ao Superior Tribunal de Justiça também compete processar e conhecer o recurso ordinário as causas enumeradas no inciso II do artigo 105 da Constituição Federal.⁵⁷⁶

f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; g) os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União; h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal”, (artigo 105 da CF).

⁵⁷⁵ O Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela constitucionalidade deste dispositivo.

⁵⁷⁶ Que diz competir ao STJ: *II - julgar, em recurso ordinário: a) os "habeas-corpus" decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória; b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão; c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País;*

Na atual sistemática constitucional o STF não mais atua na interpretação da lei federal,⁵⁷⁷ tal atribuição restou reservada para o STJ. Logo, tem prevalência o entendimento jurisprudencial, acerca da interpretação da lei federal, do STJ em detrimento da antiga construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, quando os entendimentos forem confrontantes. O STJ, consoante o artigo 104 da Constituição Federal, compõe-se de, no mínimo, trinta e três ministros que serão escolhidos dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Os ministros serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, sendo: *I - um terço dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais e um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal; II - um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente.*

Junto ao STJ funcionará o Conselho da Justiça Federal, cabendo-lhe, na forma da lei, exercer a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, (parágrafo único do artigo 105 da Constituição).

13.3. Dos tribunais regionais federais.

Estes tribunais também foram criados pela atual Constituição Federal, embora a criação da justiça federal já tivesse sido prevista na nossa primeira Constituição Republicana. A Jurisdição federal é hoje subdividida em cinco regiões, nas quais existem cinco Tribunais Regionais Federais que representam a segunda instância federal. A Constituição Federal e o CPC (artigo 539) prevêm hipótese em que a competência para julgar causas envolvendo: de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País, pertence ao juiz federal de primeira instância. E o recurso cabível (ordinário) não é para o TRF, mas para o STJ, que nesse caso atua como órgão de segundo grau de Jurisdição. Mas veja-se que se causa versar sobre falência a competência não será do juiz federal de primeiro grau, mas do juiz de

⁵⁷⁷ Salvo quando vinculada à questão constitucional.

direito de primeira instância com recurso para o Tribunal de Justiça não para o STJ, conforme precedente nesse sentido.⁵⁷⁸ Sobre o mesmo tema o STJ já decidiu que *empresa estrangeira* não se enquadra no conceito de organismo internacional⁵⁷⁹ Outro detalhe importante é que a competência nas causas trabalhistas contra organismo internacional não é da justiça federal como pode parecer a primeira vista.⁵⁸⁰ Isto está a indicar que quando o critério de competência em razão da pessoa choca-se com o da matéria tem prevalecido o entendimento de que este derroga aquele.

A Constituição Federal diz no artigo 106, que são órgãos da Justiça Federal: I - os Tribunais Regionais Federais; II - os Juízes Federais. Mas isso não significa que os órgãos da justiça federal sejam apenas esses, pois o Superior Tribunal de Justiça também integra a justiça federal.⁵⁸¹ Aos Tribunais Regionais Federais⁵⁸² compete processar e julgar,

⁵⁷⁸ Superior Tribunal de Justiça. Rip:00010493 decisão:09.12.1991. Processo:ag . Num:0012262 ano:91 uf:go turma:03. Agravo de instrumento. Fonte: DJ - data:09.03.1992 pg:02575. RSTJ vol.:00036 pg:00037. Ementa: “*Competência, em recurso ordinário constitucional. Habilitação de credito, em processo de falência, perante juiz estadual, requerida por organismo internacional. STJ ou TJ. A atuação do Superior Tribunal de Justiça, como órgão de 2º Grau de jurisdição, só é admissível em caso em que a causa tenha tramitado, inicialmente, perante juiz federal, como órgão de 1º Grau de jurisdição. Interpretação dos arts. 105, II, c e 109, II, da Constituição. Remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado. Relator: ministro Nilson Naves. Decisão: por unanimidade, não conhecer do agravo de instrumento, remetendo-o ao conhecimento do Tribunal de Justiça do Estado, órgão competente para a apreciação do feito*”.

⁵⁷⁹ Superior Tribunal de Justiça. Rip:00013763 decisão:24.04.1991. Processo:cc . Num:0001616 ano:90 UF:MG turma:s2. Conflito de competência. Fonte: DJ data:20.05.1991 pg:06504. Ementa: “*Competência. Não incide a regra de competência do artigo 109, III da Constituição pelo fato de uma das partes ser empresa estrangeira, o que não se confunde com organismo internacional. Relator: Ministro Eduardo Ribeiro. Decisão: por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Juízo de Direito da 10a. Vara Cível de Belo Horizonte-MG*”.

⁵⁸⁰ Neste sentido: Superior Tribunal de Justiça. Rip:00003905 decisão:09.10.1991. Processo:cc num:0001852 ano:91 UF:RJ turma:s2. Conflito de competência. Fonte: DJ. Data:25.11.1991 pg:17041. Ementa: “*Competência. Reclamação trabalhista movida contra organismo internacional. Ajuizada a reclamatória já na vigência da carta política de 1988, a competência para processá-la e julgá-la é da Justiça do Trabalho, nos termos do disposto no art. 114 da CF. Conflito conhecido, declarada competente a suscitada. Relator: ministro Barros Monteiro. Decisão: por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o juízo da 27a. Junta de Conciliação e Julgamento do Rio de Janeiro-RJ, o suscitado.*

⁵⁸¹ Na página 90 de *Primeiras linhas de direito processual civil*, volume 1º, está escrito que são órgãos judiciários federais: o STF, o STJ, os TRFs, os juízes federais, os Tribunais e juízes do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais e juízes da Justiça do Trabalho, Eleitoral e Militar. Mas na página 107 o autor exclui do rol dos órgãos federais os juízes e tribunais do Distrito Federal e Territórios. SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. p. 90 e 107.

⁵⁸² Como está escrito no artigo 107 da Constituição Federal: *Os Tribunais Regionais Federais compõem-se de, no mínimo, sete juízes, recrutados, quando possível, na respectiva região e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos, sendo: I - um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público Federal com mais de dez anos de carreira; II - os demais, mediante promoção de juízes federais com mais de cinco anos de exercício, por antiguidade e merecimento,*

originariamente: a) os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral; b) as revisões criminais e as ações rescisórias de julgados seus ou dos juízes federais da região; c) os mandados de segurança e os "habeas-data" contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal; d) os "habeas-corpus", quando a autoridade coatora for juiz federal; e) os conflitos de competência entre juízes federais vinculados ao Tribunal. Em grau de recurso, compete-lhe: as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição. Então, veja-se que quando o juiz de direito atua na competência de juiz federal nas causas em que forem partes instituição de previdência social e segurado, por exemplo, sempre que a comarca não for sede de vara do juízo federal (previsão do artigo 109, § 3º da Constituição Federal), essas causas devem ser processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, mas o recurso cabível não será para o Tribunal de Justiça e sim para o TRF da área de jurisdição do juiz de direito de primeiro grau.

13.4. Dos juízes federais.

Os juízes federais têm competência para processar e julgar causas nas quais a União Federal possui interesse direto ou indireto. Esta “Justiça” foi instituída em razão da pessoa da União. Por esta razão é incorreto apontar-se como órgãos da Justiça federal outros distintos dos juízes federais de primeiro grau, dos TRFs, do STJ e do STF. As jurisdições do trabalho, eleitoral e militar, não foram instituídas em razão da União Federal, não existem em razão da Federação brasileira, mas sim em razão das respectivas *matérias*. Embora sustentadas pelo Poder Federal nacional, não se constituem em justiças federais em sentido estrito.

alternadamente. Parágrafo único. A lei disciplinará a remoção ou a permuta de juízes dos Tribunais Regionais Federais e determinará sua jurisdição e sede.

Na ordem constitucional anterior o provimento dos cargos de juiz federal de primeiro grau podia ocorrer por indicação do poder executivo, o que, felizmente, não é mais possível. Na primeira instância, o provimento desses cargos dá-se por concurso público de provas e títulos e sempre com a participação da OAB.⁵⁸³ De acordo com o § 1º do artigo 109 da CF, *As causas em que a União for autora serão aforadas na seção judiciária onde tiver domicílio a outra parte*. Esta regra está em confronto com o artigo 99 do CPC, que diz: *O foro da Capital do Estado ou do Território é competente: I - para as causas em que a União for autora, ré ou interveniente...* Como se observa a Constituição não recepcionou este artigo do CPC, que não pode mais ter vigência ante a revogação constitucional. Também quando a União for ré, diz o § 2º do artigo 109 da Constituição Federal que as causas contra ela *poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal*. Assiste razão a Celso Agrícola Barbi quando aponta a inconstitucionalidade do artigo 99 do CPC no que tange à intervenção da União, no que deve ser corroborado.⁵⁸⁴

⁵⁸³ A competência dos juízes federais está disposta no artigo 109 da Constituição competindo-lhes processar e julgar: *I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; II - as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País; III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional; IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral; V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente; VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira; VII - os "habeas-corpus", em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição; VIII - os mandados de segurança e os "habeas-data" contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais; IX - os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar; X - os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o "exequatur", e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização; XI - a disputa sobre direitos indígenas*.

⁵⁸⁴ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, p. 267-71.

13.5. Dos tribunais e juízes estaduais.

Esses órgãos compõem a Jurisdição ordinária, também denominada de justiça comum, no âmbito estadual. Têm uma amplíssima competência na medida em que atuam por exclusão das justiças especializadas e da justiça federal. E aí se entenda também incluídos os órgãos judiciários do Distrito Federal que somente podem ser concebidos como pertencentes ao poder judiciário federal pelo fato de serem remunerados pelos cofres da União, tal qual acontece com a justiça do trabalho, eleitoral, militar. Não se pode deixar de comentar sobre os juízes de paz, que tanto a justiça estadual quanto a da União,⁵⁸⁵ de acordo com o artigo 98 da Constituição Federal, podem instituir a justiça de paz *remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação*. Também o mesmo se diga sobre os juzados especiais cíveis e criminais, onde se tem a figura do conciliador que atua conforme os ditames da excelente lei 9.099/95, que está a exigir que as demandas passem, necessariamente, pela fase conciliatória - regida pela figura do conciliador - antes de chegarem ao juiz togado.⁵⁸⁶ Bom seria que os cargos de conciliador fossem providos por concurso público de provas e títulos.

Os demais órgãos de jurisdições especializadas não serão aqui abordados em virtude da circunscrição temática deste trabalho verter-se para o processo civil, prioritariamente.

14. O processo civil e a teoria da instrumentalidade processual.

⁵⁸⁵ A instituição da justiça de paz pela União é restrita ao Distrito Federal e Territórios Federais.

⁵⁸⁶ Os juzados federais foram instituídos pela lei nº [10.259, de 12.7.2001](#).

Sempre que ao diretio de alguém alavanca-se um obstáculo, uma resistência ao seu exercício pacífico, nasce uma lide (conflito de interesses caracterizado pela resistência a uma pretensão). Pois bem, vedada que é a autotutela dos direitos na área cível, salvo na hipótese dos embargos de mão própria nas possessórias, o exercício dos mesmos será sempre dependente da atuação do Estado.⁵⁸⁷ Este, por sua vez, para atuar na solução dos conflitos de interesses depende da provocação do interessado, exceto em casos restritos como as ações de inventário onde é permitido ao juiz dar início ao processo quando os legitimados não o requererem nos prazos estipulados em lei (artigo 989 do CPC). A esta inércia denomina-se princípio do dispositivo, objetivado pelo artigo 2º do CPC, quando determina que “*nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional, senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais*”.

O exercício dos direitos, quando há resistência, queda-se condicionado à atuação da Jurisdição, que, condicionada ao impulso da ação, estabelece a demanda, que, por sua vez, encorpora-se através do processo. O processo, pois, por dedução silogística, objetiva proporcionar o exercício dos direitos não reconhecidos, ou reconhecidos mas não admitidos espontaneamente, na seara das relações interpessoais (sem que isso queira excluir o cunho de sua *instrumentalidade* dinamarquiana). O processo, assim, destina-se a aplicar o direito material posto pelo legislador, pela Constituição, ou pelos princípios. O processo civil, pois, detém a nota da instrumentalidade, ou seja, é instrumento para a aplicação da lei e da justiça. Esta instrumentalidade não deve ser entendida apenas como intrínseca à relação processual, não deve ser confundida com o princípio da instrumentalidade das formas escrito nos artigos 154 e 244 do CPC, que permite ao juiz considerar válido o ato processual ainda que praticado de forma diversa da prevista em lei, desde que alcance sua finalidade sem causar prejuízo às partes. A instrumentalidade a que nos referimos é extrínseca ao

⁵⁸⁷ O desforço incontinente foi mantido pelo novo código civil, que no artigo 1.210 estatui: *O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado. § 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.*

processo civil, é política e é social, deve visar o acesso à justiça; à justiça das decisões judiciais; e à sua efetividade.⁵⁸⁸

Os direitos nascem dos fatos jurídicos, daqueles fatos aos quais a lei atribui efeitos jurídicos. Nascem dos fatos em sentido amplo e restrito. Em decorrência da morte de alguém (fato jurídico) resultam alguns efeitos jurídicos previstos por normas de direito sucessório. Da feitura de um contrato (fato-relação) surgem as obrigações dele decorrentes para as partes contratantes. O nascimento do direito processual, ou mais propriamente falando, o nascimento do direito à jurisdição, entretanto, somente aflorará a partir do momento em que houver resistência ao exercício pacífico do direito material. O exercício da ação, via de regra, nasce em decorrência de um ferimento ou ameaça de ferimento a um direito material. Esta lesão ou ameaça de lesão constituem-se na progênie do Direito de provocar a jurisdição. Já no final do século XX exauriu-se, na doutrina européia, a importância das disquisições sobre a natureza jurídica do processo, passando-se a considerar, com inexorável acerto, qual a razão de ser do processo. E a conclusão não podia deixar de revelar a sua finalidade instrumentalizante.⁵⁸⁹ Esta instrumentalidade, em conclusão, consubstancia-se em dois diferentes aspectos: no primeiro, representa a integração à jurisdição com o próprio Estado que tem o dever de prestar a tutela jurisdicional; no segundo, une a jurisdição e o cidadão titular de direitos.⁵⁹⁰

15. Jurisdição e o seu objeto mediato e imediato.

⁵⁸⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 297 e seguintes.

⁵⁸⁹ “Partiendo de que el proceso es una categoría jurídica propia, que no tiene encuadre en otra categoría más general, el proceso ha dejado de tener naturaleza jurídica (en el sentido con el que esta expresión se utiliza normalmente), y entonces lo que importa es el descubrimiento de su razón de ser, su comprensión científica. Lo que importa es ya su por qué. La respuesta a esa razón de ser o por qué es la de que el proceso es un instrumento necesario. Si los órganos jurisdiccionales han de cumplir su función, la que les está señalada constitucionalmente, necesitan, en primer lugar, un estímulo, la acción, y después, realizar una serie de actos sucesivos en el tiempo, cada uno de los cuales es consecuencia del anterior y presupuesto del siguiente, a cuyo conjunto llamamos proceso. Este es, pues, el medio jurídico, el instrumento para el cumplimiento de la función jurisdiccional”. MOTERO AROCA, Juan. *El derecho procesal en el siglo XX*. Valencia: Tirant Llobrich, 2000, p. 40.

⁵⁹⁰ *Ibidem*, p. 41.

A relação jurídica de direito material difere em gênero e grau da relação jurídica de direito processual.⁵⁹¹ Aquela será sempre linear, isto é, ocorrerá com as partes contratantes no mesmo plano, na mesma **linha** geométrica sem qualquer dever de submissão de uma parte à outra, e também sem qualquer poder de superposição de uma parte sobre a outra. E isto ocorre sempre na seara das relações contratuais, até mesmo quando um dos contratantes for o próprio Estado, que nesta superfície depara-se no mesmo nível dos particulares, feitas, evidentemente, as ressalvas pertinentes às regras do contrato administrativo.⁵⁹²

Como vimos na capítulo 03, a relação jurídica de direito material constitui-se num *vínculo primário* entre as partes, onde elas contratam movidas por um interesse, geralmente econômico e também primário. Isto significa que o vínculo que une e entrelaça os contraentes não é antecedido por outro de natureza diversa. Até mesmo nas hipóteses de haver a formulação de novo vínculo contratual a relação de direito material será primária. Este elóquio encontra explicação no fato de que quando as pessoas contratam elas contraem direitos, estão no exercício do chamado direito subjetivo de *contrair direitos*, o proprietário de um bem compromete-se a entregá-lo mediante o pagamento de certo preço. O proprietário aqui apenas contraiu o direito ao recebimento do preço, ao mesmo tempo em que a contrapartida lhe impõe o dever de entregar o objeto da venda. Numa e noutra hipótese os contratantes apenas contraíram direitos e obrigações.

⁵⁹¹ Embora o processo possa ter por objeto uma relação jurídica processual, como acontece com a ação rescisória, a ação anulatória (artigo 485-6), a *querella nulitatis*. Mesmo que a sentença seja considerada *lex inter pars* (o artigo 468 diz: *A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas*), nessas ações que têm por objeto a anulação de sentenças, o que subjaz é a análise da relação jurídica processual na qual a sentença rescindenda foi proferida, não a sentença em si mesma.

⁵⁹² No qual as condições contratuais são estabelecidas pela Administração, mas que a ele se vincula: “*Contrato administrativo é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com o particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração*”. MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit. p. 194-5, onde o autor esclarece que a Administração também pode celebrar contratos privados: “*Embora típica do Direito Privado, a instituição do contrato é utilizada pela Administração Pública na sua pureza originária (contratos privados realizados pela Administração) ou com as adaptações necessárias aos negócios públicos (contratos administrativos propriamente ditos)*”.

Seguindo o exemplo supradito, verificar-se-á que enquanto as partes contratantes estiverem adimplentes, não existirá direito processual algum, exceto aquele à declaração judicial do próprio direito material, caso em que estaremos diante das chamadas tutelas declaratórias. Mas, ainda assim, o escopo deste processo será o de extinguir determinado conflito de interesses pertinente, no caso, ao problema da insegurança jurídica que é também interpretada como uma maneira de inobservância da norma. Até mesmo nos casos das ações declaratórias, onde a tutela jurisdicional limita-se a uma mera declaração quanto à existência ou não de uma relação jurídica, ou acerca da falsidade ou não de um documento, ainda nesta hipótese o direito processual somente passará a existir quando uma norma jurídica tiver sido inobservada.⁵⁹³

Disto se deduz que o fator necessário para a instauração de uma demanda reside no fato de que a parte autora do processo tenha sofrido uma lesão ou ameaça de lesão em seu direito, ou seja, deve haver a prévia violação da norma jurídica. Entendida esta no sentido de Alexy, isto é, enquanto gênero envolvente de duas subespécies: as regras oriundas do parlamento; e os princípios.⁵⁹⁴ A jurisdição, pois, tem no processo o seu objeto imediato, pelo qual efetiva os direitos. Estes, por sua vez, constituem o seu objeto mediato.

16. A jurisdição como conceito central da ciência processual.

⁵⁹³ Neste sentido assenta Celso Agrícola Barbi que “... a inobservância da norma jurídica, em certos estágios mais avançados na evolução da consciência jurídica, pode consistir não somente na transgressão, mas também na incerteza de qual seja o direito num dado caso”. BARBI, Celso Agrícola. *Ação declaratória principal e incidente*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 04.

⁵⁹⁴ ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. Tradução por Manuel Atienza. México: 1998.

Durante muito tempo foram os institutos da ação e do processo que gravitaram no epicentro da ciência do direito processual civil.⁵⁹⁵ Este entendimento decorria da ultrapassada idéia de que o processo apenas consistia num simples ‘meio’ de aplicação do direito dito *material*. O erro desta tese revela-se no fato de se conceber a Jurisdição como uma função “a serviço” exclusivo da parte autora, que, para colimar seus objetivos, deve provocá-la através da ação e efetivá-la pelo processo. Encontrava-se aí revelado o caráter individualista e privatista do processo civil, já não mais compatível com o estágio publicista decorrente da evolução do sistema processual, onde o processo revela-se como um *instrumento* do Estado, isto é, da própria função jurisdicional, para que este (Estado) alcance a realização de seus objetivos, pelo que, no processo restará sempre embutida a relevância de um interesse público, rechaçando-se o individualismo da fase liberal de outrora. A ação deve ser concebida, tão somente, como o *poder-direito* de provocar a Jurisdição para que o Estado possa atuar. Um outro fator a reforçar a tese da necessidade do afastamento da ação do centro da ciência processual consiste no fato a situação da ação no núcleo do sistema processual restringir a teoria processual apenas ao processo civil, posto que no processo penal, no administrativo e no arbitral, por exemplo, ela não alcança tal importância. Ou seja, o pôr a ação como conceito central do processo prejudica a sua própria teoria **geral**.⁵⁹⁶

O centro conceitual do direito processual, observe-se, também não é o processo em si mesmo, eis que este apenas é concebido, atualmente, como um *instrumento* da Jurisdição. A importância da ação e do processo foi relativizada em prol da sobrelevação da jurisdição. A preponderância do instituto da Jurisdição sobre os da ação e do processo consiste na metodologia da almejada visão publicista do sistema processual

⁵⁹⁵ Neste sentido Cândido Rangel Dinamarco diz que “*Observar o sistema processual a partir do instituto da ação é um hábito metodológico mantido pelos juristas latinos em geral, em continuação ao privatismo dominante durante os milênios do sincretismo hoje superado*”. DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 77.

⁵⁹⁶ Pondo a jurisdição no centro da ciência processual, Candido Rangel Dinamarco, ao falar sobre o **poder**, escreve que: “... em torno deste (do poder), portanto no caso, em torno da jurisdição, é que gravitam os demais institutos do direito processual e sua disciplina. (...) Como se vê, da visão publicista da ordem processual, a partir de seus objetivos e inserção no sistema político-jurídico da nação, deflui com muita naturalidade a jurisdição ao centro. Por ser individualista e restrita ao processo civil, desmerece apoio a tendência a colocar a ação ao centro da constelação dos institutos de direito processual”. Ibidem, p. 78.

contextualizando-se na etapa do Estado Social de Direito.⁵⁹⁷ A concepção do processo enquanto relação jurídica de direito público estabelecida por Bülow foi deveras importante para o desenvolvimento da ciência processual, porém não foi exauriente do fenômeno em si. Ao fim do século XX a jurisdição erigiu-se como o conceito subordinante no sistema de direito processual-jurisdiccional, onde a ação e o processo passaram à condição de conceitos subordinados.⁵⁹⁸

⁵⁹⁷ “Dentro de um sistema que em si mesmo é instrumental, ele (**o processo**) é o instrumento por excelência, prestando-se ao exercício de uma função (**a jurisdição**) que também está a serviço de certos objetivos (exteriores ao sistema). Isso destitui o processo, como instituto, de maior expressão substancial, ainda dentro do sistema que integra”. Ibidem, p. 79-80.

⁵⁹⁸ Discorrendo sobre a evolução da ciência do direito processual, Montero Aroca acrescenta: “Lo que hemos dicho antes de la evolución tiene que haber servido para demostrar que ésta ha seguido un movimiento centrípeto, de la periferia al centro, de la apariencia a la esencia, pero le médula de la esencia no es el proceso sino la jurisdicción; ésta es el concepto principal, mientras que aquél es sólo un concepto subordinado, en cuanto que es el instrumento utilizado por los tribunales para cumplir con la función que les está asignada constitucionalmente. (...) puede decirse que la polémica en torno a la naturaleza jurídica del proceso ha perdido toda utilidad, y que los manuales o no se refieren a ella o en los mismos se realiza una exposición de teorías sin saber muy bien a qué conducen”. MOTERO AROCA, op. cit. p. 39.

CAPÍTULO 03

DA AÇÃO

1. Preleção necessária:

o conceito de pretensão (material e pré-processual), direito subjetivo e ação.

Apesar do que discurremos sobre o assunto no capítulo 03, devemos, antes de adentrarmos propriamente na problemática do conceito de ação, aprofundar a noção do que vem a ser *pretensão*. Segundo Carnelutti existem duas acepções acerca do conceito de pretensão: sob o prisma material, é o objeto do processo; sob o formal, será o processo em si mesmo, atuando sobre si mesmo. Já a lide é o conteúdo do processo.⁵⁹⁹ Para Pontes de Miranda pretensão é o poder de exigir uma prestação. A pretensão é a tutela jurídica pré-processual, trata-se de instituto de direito material e não processual, embora, às vezes, canalize-se e incorpore-se na ação. Na pretensão estão contidas exigibilidades de pessoa para pessoa, e esta exigibilidade ou se concretiza através de um ato administrativo ou da ação. Disso se conclui que não há exigibilidade sem pretensões, mas pode haver ação sem pretensão porque pode haver direitos inexigíveis.⁶⁰⁰ O próprio Pontes de Miranda, porém,

⁵⁹⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Tradução de A. Rodrigues Queiró. São Paulo: Saraiva, 1942, p. 93.

⁶⁰⁰ “As pretensões contêm exigibilidade (...) Se ainda é exigível a prestação, ou a satisfação do direito, sem já se ter ação, ainda há pretensão: porque, se bem que possam ser separadas as exigibilidades, elas compõem a pretensão, e, enquanto há uma, há pretensão. Não há exigibilidade sem pretensão. Há direitos sem pretensão porque há direitos que não podem ser exigidos. Há direito só sem ação porque há direitos que somente podem ser exigidos fora da ação. Há direitos que somente podem ser exigidos pela ação: a pretensão deles e, pois, eles mesmos, em sua eficácia, foram canalizados”. MIRANDA,

admite a existência de mais de uma espécie de pretensão: num sentido atrela-se ao direito material; noutro, quando especificado tratar-se da pretensão à tutela jurídica, vincula-se ao direito processual. No sentido processual, reconhece-se a existência de pretensão tanto para o autor quanto para o réu.⁶⁰¹ Foi Wach, em 1855, que a verificou com possível ineditismo atribuindo-lhe a denominação de ‘*rechtsschutzanspruch*’, sendo hoje considerada, após longos debates doutrinários, como algo não envolvido pelas relações processuais, daí sua natureza jurídica situar-se no mundo pré-processual, embora não decorra do direito material que alberga a pretensão a ser discutida no processo.⁶⁰² A ação, por sua vez, distingue-se do direito de acesso aos tribunais, pois este é um simples estado de quem possui direito subjetivo e que antecede ao exercício da ação, como está escrito no artigo 75 do CC. Já o **direito de ação** significa agir conforme o direito. Todos possuem o direito de acesso aos tribunais e tal direito é abstrato, daí há de se concluir que o direito de ação que lhe compete também o é: abstrato e incondicionado.⁶⁰³

Em Lourival Vilanova a ação é vista como um direito. E esse direito de ação é visto como um direito subjetivo decorrente da não observância de dever primário, estabelecido por norma jurídica primária, ou seja, pelas normas que ditam o direito material. A violação ou ameaça de violação de dever primário é vista como condição para o exercício do direito de ação. Neste contexto, a norma secundária é quem estabelece a relação jurídica processual (a norma secundária estabelece as regras das relações jurídicas

Pontes de. *Tratado das ações*. 1. ed. Tomo 1, atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998, p. 49-50.

⁶⁰¹ “A pretensão é o poder de exigir alguma prestação. Do outro da relação está o obrigado, que talvez tenha, também ele, a sua pretensão, ou suas pretensões. Tanto àquele quanto a esse o Estado reconhece a pretensão à tutela jurídica, com que, passando a si o fazer justiça, substituiu o antigo direito de se fazer justiça com as próprias mãos (declarativa, condenatória, constitutiva, mandamental, executiva). Por isso, a pretensão à tutela jurídica dirige-se ao Estado; não a outras obrigadas. A designação ‘*rechtsschutzanspruch*’ foi-lhe, dada, em 1855, por Adolf Wach (*Handbuch*, I, 19s). Tanto o que tem a pretensão de direito material quanto o obrigado dispõem da pretensão à tutela jurídica. Também dela dispõe o que apenas quer que se declare, se constitua, se execute ou mande”. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo I, p. 42.

⁶⁰² “Tem-se discutido se é o direito processual que configura a pretensão à tutela jurídica. Principalmente, se é processual ou pré-processual. Não é, de modo algum, produzida pelo direito material que rege a pretensão a ser examinada pelo juiz. Konrad Hellwig, primeiro, em 1903, quis manter a duplicidade, pretensão à tutela jurídica e relações jurídicas processuais; depois, em 1912, tentou erguer o edifício do direito processual sobre aquela. Hoje, quase todos os que discutiram o assunto têm a pretensão à tutela jurídica por pré-processual, do lado de fora das relações jurídicas processuais, como a abrir às partes para essas”. *Ibidem*.

⁶⁰³ BAPTISTA da SILVA, Ovídio e GOMES, Fábio Luiz. “Teoria geral do processo civil”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 129-131.

processuais). Vilanova invoca Liebman para afirmar que o sujeito passivo da relação processual a quem compete o dever de prestar a tutela é o órgão estatal jurisdicional: “... o exercício do direito de ação provoca no órgão julgador o dever jurisdicional de acolher o pedido, o dever de praticar o ato processual - despachar e mandar citar o sujeito passivo”.⁶⁰⁴

O problema, porém, é que o juiz não tem o dever de acolher o pedido, mas apenas de examiná-lo; depois, mesmo que se contextualize a expressão *pedido* com sentido de *requerimento*, mesmo assim, nem sempre o juiz está obrigado a acolhê-lo. Observe-se que o artigo 295 do CPC prevê o indeferimento da petição inicial quando, por exemplo, for inepta por impossibilidade jurídica do pedido. Em algumas situações o juiz se depara com pedidos tão absurdos que outra alternativa não há, que não implique no indeferimento da inicial *in limine litis*. Logo, vê-se que em casos como o exemplo da mulher que depois de já divorciada do marido e com a sentença já transitada em julgado e tendo ele adquirido, após o trânsito em julgado, uma propriedade, resolve acioná-lo para partilhar o bem. Ora, este pedido é absolutamente impossível porque simplesmente não há relação de causalidade entre o ato-condição e os efeitos pretendidos pelo ex-cônjuge mulher.⁶⁰⁵ Neste caso não há remédio para adequação de uma tal petição inicial. O juiz aí, não estaria obrigado nem a mandar citar o réu e, nem mesmo a aplicar o artigo 284, que prevê a emenda ou a complementação da atrial quando restarem inobservados os requisitos dos artigos 282 e 283 do CPC. Conclui-se, pois, que o juiz não tem o dever de acolher o pedido, nem mesmo se se tratar de pedido processual, porque se tomarmos o termo “pedido” no sentido meritório, a impossibilidade seria ainda maior. Para Vilanova a ação é um direito universalmente posto (distribuído) a todo cidadão que preencha os seus requisitos e condições.⁶⁰⁶

Para ele o pedido contido na petição inicial demarca o campo de incidência da prestação jurisdicional. Quando o CPC vislumbrou as várias modalidades de defesa, como está feito em seu artigo 297, previu: contestação, exceção e reconvenção. Pois bem, note-se que quando o réu reconvém, o que está a fazer, na verdade, é, nada mais nada menos, do que exercitar o direito de ação contra o autor, e que por motivos de economia processual e

⁶⁰⁴ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*, p. 125.

⁶⁰⁵ Tal exemplo será adiante retomado para explicar melhor a situação.

⁶⁰⁶ VILANOVA, op. cit. p. 134.

com o escopo de se evitar decisões judiciais conflitantes tudo é feito nos mesmos autos (artigo 315 do CPC). Veja-se ainda que em outras ocasiões o réu pode contrapor-se ao pedido do autor e, também formular pretensão de direito material contra o mesmo através da contestação, quando se tratar de ações de natureza dúplice, como ocorre com as possessórias e nos procedimentos regulados pela lei 9.099/95. Portanto, é necessário precisar bem o alcance da dita demarcação falada por Vilanova, porque tal assertiva encontra sua precisão em razão de mencionar o princípio da demanda (artigo 128 do CPC), logo, somente será válida para o pedido considerado no âmbito de cada relação processual e aí, note-se, que se houver reconvenção haverá duas relações e não apenas uma, envolvidas, porém, por uma única relação processual envolvente.⁶⁰⁷ Nem a reconvenção, nem o pedido contraposto têm o condão de ampliar o pedido da ação.

Categorias distintas são o direito subjetivo e o interesse juridicamente protegido.

Direito subjetivo em sentido pleno é o que oportuniza o exercício do direito de ação com o escopo de se defender o direito subjetivo material violado. Mas ao lado destas categorias existem interesses juridicamente protegidos que se não coincidentes com os do ente público sobre o qual recaia o dever de prestar, não acarretam o exercício do direito de ação. Isto se dá, por exemplo, na seara do direito administrativo, onde o executivo tem deveres jurídicos de prestar e aos quais correspondem, reflexamente, interesses legítimos dos membros da comunidade. No cumprimento desses deveres coletivos efetivam-se interesses coletivos. Estes interesses coletivos podem ou não coincidir com os individuais, mas a não coincidência nem sempre proporciona o exercício do direito de ação. Tome-se como exemplo a ação popular: se o cidadão não estivesse investido, por força de norma jurídica, CF, artigo 5º, LXXIII, para acionar o judiciário, da improbidade administrativa não resultaria direito subjetivo de ação ao cidadão, mas, tão somente, interesse juridicamente protegido, embora não acionável.

⁶⁰⁷ Vilanova obtempera que: “O pedido contido na ação proposta demarca o campo de incidência da prestação jurisdicional para todos os sujeitos de direito intervenientes na relação processual. **Não poderá ampliá-lo a contestação.** Observamos, de passagem, que o direito subjetivo processual de defesa não é sempre de exercício obrigatório. O sujeito passivo pode ou não exercê-lo. **Ao seu exercício não corresponde pretensão material ou processual do sujeito ativo**”. Ibidem, p. 125.

Em conclusão, temos sempre: 01- a *pretensão de direito material* que será o objeto mediato do processo; 02- a *facultas agendi*, que consiste numa liberalidade do detentor do direito material em exigí-lo, ou não, em juízo – através da ação processual – ou fora dele – através da ação de direito material; 03- a *pretensão à tutela jurídica* (o poder de exigir uma prestação); 04- a *ação processual*, considerada por nós como o direito subjetivo de quem tem legitimidade e interesse em exigir do juiz o exame do mérito; 05- a *demanda*, ou seja, a ação concretizada no ato de propositura.

2. Das teorias sobre a natureza jurídica da ação.

Para os romanos a ação era o direito de pleitear ao Estado o que se achava devido por outrem.⁶⁰⁸ Com a queda do império romano e com o predomínio dos bárbaros o direito passou por uma involução. Mas, depois de certo tempo, as idéias dos juristas romanos, sobretudo de Celso, que conceituou a ação na forma acima vislumbrada, voltaram à tona. Séculos depois surgiu a teoria civilista da ação (também denominada de clássica ou imanentista)⁶⁰⁹ sustentada por Savigny numa perspectiva totalmente liberal-privatista-individualista. Para ele a ação não passava de uma reação do próprio direito material contra sua violação ou ameaça de violação. Isso acarretava três consequências: a 1ª era a de que não existiria ação sem direito; a 2ª seria a recíproca: não haveria direito sem ação; e a 3ª dizia que a ação segue a natureza do direito. Esta teoria logrou prevalência na

⁶⁰⁸ Não há unanimidade doutrinária a respeito de os romanos terem, ou não, conhecido o instituto do direito subjetivo, sendo certo que o *Corpus Iuris Civilis* fez expressa referência a tal expressão: *direito subjetivo*.

⁶⁰⁹ “... a escola clássica, que entendia ser a ação como imanente a um direito material, prevaleceu quase incontestada durante um longo período. Segundo essa doutrina, também conhecida como civilista ou imanentista, a ação era tida como uma mera variante, suplemento, anexo, acessório, função, elemento integrante, aspecto ou momento do direito material ameaçado ou violado...”. FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação. Enfoque sobre o interesse de agir no processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 39.

doutrina até o início deste século.⁶¹⁰ Até que ocorreu o famoso debate entre Windscheid e Muther acerca da ação romana, redundando na clara diferenciação entre ação e direito. Advém então a teoria de Muther, pela qual a ação era tida como um direito subjetivo de caráter público exercido contra o Estado e não se confundia com o direito material que visava tutelar.⁶¹¹

Muther, porém, não se deteve quanto ao aspecto da autonomia do direito de ação. Então surge Adolpho Wach, que elabora o discernimento de que a ação era um direito autônomo e que para existir não dependia, necessariamente, da existência do direito subjetivo material, pois que a ação poderia, como de fato pode, servir apenas para se obter a declaração judicial sobre a existência ou inexistência do direito material: a isto se denomina de *ação declaratória*,⁶¹² consagrada em nosso atual CPC no seu artigo 4°. Wach elaborou a teoria da ação como direito concreto à

⁶¹⁰ A esse respeito Cândido Rangel escreve que: “Tinha-se até então a remansosa tranqüilidade de uma visão plana do ordenamento jurídico, onde a ação era definida como o direito subjetivo lesado (ou: o resultado da lesão ao direito subjetivo), a jurisdição como sistema de tutela aos direitos, o processo como mera sucessão de atos (procedimento); incluíam a ação no sistema do exercício dos direitos (*jus quod sibi debeatur, judicio persequendi*) e o processo era tido como um conjunto de formas para esse exercício, sob a condução pouco participativa do juiz. Era o campo mais aberto, como se sabe, à prevalência do princípio dispositivo e ao da plena disponibilidade das situações jurídico-processuais -, que são diretos descendentes jurídicos do liberalismo político então vigente (*laissez faire, laissez passer et le monde va de lui même*)”. DINAMARCO. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros editora, 1998, p. 18.

⁶¹¹ Antes de replicar Muther, Windscheid conclui sua exposição sobre a ação questionando o aspecto levantado por Savigny sobre a importância que traz a lesão ao direito: “¿qué influencia tiene sobre esos derechos su lesión? La respuesta es que, por la lesión, el derecho adquiere la forma de un derecho a que esa lesión se subsane. El nombre tradicional de ese derecho es: derecho de accionar. Cabe preguntarse si es adecuado. Tal nombre es aplicable únicamente a un derecho para el cual puede solicitarse ahora y de inmediato, con una demanda, asistencia judicial. Ahora y de inmediato, dijimos, no eventualmente y dadas ciertas condiciones, porque, así entendidos, todos los derechos serían derechos de accionar. Sin embargo, no toda lesión de un derecho tiene como consecuencia la concesión inmediata de asistencia judicial, sino únicamente aquélla en la que entran al mismo tiempo en conflicto la voluntad del lesionador y la voluntad del titular”. WINDSCHEID, Bernhard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la “actio”*. Tradução de Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: E.J.E.A., 1974, p. 183-4. Sobre a teoria de Windscheid, Muther, por sua vez, concluiu: “El autor parte de la base de que en el estudio del derecho romano se ha despertado una orientación nueva y mejor. Windscheid se adhiere a esa orientación: todo su libro sólo tiene por objeto dar testimonio de estos hechos: que la orientación vieja seguía extraños senderos equivocados, por ser propensa a ‘ver en el derecho romano la encarnación del pensamiento jurídico absoluto...’”. WINDSCHEID, Bernhard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la “actio”*. Tradução de Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: E.J.E.A., 1974, p. 288-9.

⁶¹² Isto é, meramente declaratória.

tutela. Sustentava que a ação estava a depender de requisitos de direito material (que seriam as condições da ação), bem como de direito processual (pressupostos processuais). Uma vez verificados esses requisitos, a sentença deveria ser favorável ao autor, daí o caráter concreto dessa teoria.⁶¹³

Depois disso temos a idéia de Oskar Bülow com sua teoria dos pressupostos e exceções processuais que conseguiu conferir, ao direito processual, o status de ciência jurídica autônoma. Esta obra de Bülow constitui-se no marco do cientificismo do direito processual civil, superando a idéia procedimentalista francesa de 1807. Com ela o processo civil, e de resto todo e qualquer direito processual, destacou-se no meio científico como ramo independente (autônomo) da ciência do direito.⁶¹⁴ Quando o processo logrou a condição de ciência autônoma, a Alemanha iniciou uma nova era na história do processo tendo como pano de fundo um panorama totalmente dominado pela Escola procedimentalista da França. Esta Escola havia influenciado fortemente a Itália e a Espanha, que publicaram, respectivamente, o código de processo civil de 1865 a *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1855. A Alemanha, entretanto, não legislou logo em seguida à edição do código francês, permitiu-se a estudar melhor o fenômeno de forma que sua primeira ordenança processual adveio em 1877, já sob a égide do cientificismo e não do procedimentalismo.⁶¹⁵

Em seguida, a Escola alemã aportou na Itália e na Espanha e foi nesse cenário sob a influência cientificista que Giuseppe Chiovenda destacou-se com sua teoria da ação como direito potestativo, na verdade a ação é concebida como um poder que se constitui na condição para que o Estado atue a vontade da lei, mediante a provocação do autor. Sua teoria

⁶¹³ WACH, ap. AMARAL SANTOS, Moacyr, op. cit. p. 149.

⁶¹⁴ BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Título original: *Die lehre von den processeinreden und die processvoraussetzungen* Tradução de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: E.J.E.A. 1964.

⁶¹⁵ MOTERO AROCA, op. cit. p. 23-4.

deriva da de Wach, e, para o italiano, a ação não se dirige contra o Estado, mas contra (no sentido de que é proposta em relação ou em face de) o adversário. Trata-se de um direito potestativo porque se traduz num poder pertencente ao autor de provocar o Estado para que este se pronuncie contra o réu. Para Chiovenda o réu não pode furtar-se a tal pronunciamento estatal. Enquanto direito potestativo a ação seria de direito público ou privado de acordo com a natureza do direito material a que visa proteger.⁶¹⁶

Depois surgiram as teorias da ação como direito abstrato com Degenkolb e Plosz (o primeiro alemão e o segundo húngaro). O que designam essas teorias é que existirá ação não somente quando ela for acolhida pelo juiz, eis que se houver a prolatação de uma sentença negando o direito invocado pelo autor, também nesse caso existirá ação ainda que não exista o direito material. Significa que o direito de ação não depende da existência do direito material, a ação seria o direito à realização do direito, seria preexistente ao processo e de natureza pública porque exercitável contra o Estado. Foi com base nessa teoria que surgiu a idéia de interesse primário e secundário de agir. Foi Alfredo Rocco quem vislumbrou a existência de interesses tutelados pelo Estado, e que, quando ameaçados ou violados, proporcionam o exercício do direito de ação. Necessária, assim, a prova do interesse processual para o fim de proteger o interesse material, anterior e primário. O caráter secundário do interesse processual fica demonstrado quando se verifica a vedação da autotutela, tem por objeto um bem (uma utilidade) que serve de meio para se alcançar o bem principal. Então, no interesse processual verifica-se a presença necessária de um sujeito não participante da relação jurídica de direito

⁶¹⁶ “Constituindo a ação um poder coordenado à tutela de um interesse, adquire, como veremos, a natureza deste, e é, por isso, pública ou privada, patrimonial ou não patrimonial. Da mesma forma, pois, que – segundo veremos também – o interesse mesmo a que se coordena, é, concomitantemente, o conteúdo de um outro direito correspondente àquele que age contra o adversário, assim também a ação assume a função de representar esse outro direito; e assim se explica por que, freqüentemente, nas leis e no uso, se fale de ação como sinônimo de um outro direito”. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 31.

material: o juiz (o Estado). É ainda o interesse processual de índole invariável, ao passo que o interesse primário varia conforme a natureza do vínculo material. Logo, o direito de ação é um direito subjetivo autônomo, abstrato e geral, exercitável contra o Estado, cujo conteúdo é o interesse processual. Uma grande contribuição à teoria de Alfredo Rocco, foi prestada por Ugo Rocco ao realçar o dever, em relação ao Estado, de prestar e atuar a Jurisdição.⁶¹⁷

Com Carnelutti tivemos a delimitação do conceito de *lide*. Esta passa a existir quando uma pessoa opõe uma resistência ao exercício de uma pretensão por outra pessoa. Isso faculta o exercício do direito de ação.

A lide, que se constitui no conteúdo do processo, pode ser deduzida de forma integral ou parcial.⁶¹⁸ Para ilustrar esta situação a doutrina recorre ao exemplo do contrato de locação: quando o inquilino deixa de cumprir com suas obrigações o locador pode acioná-lo, e pode, sua ação, ter por base dois fundamentos: a inadimplência e a expiração do contrato, nesse caso temos, de um lado, lide integral e, de outro, processo integral, porque o autor deduziu toda a sua pretensão acionável. Mas se o locador pretendesse apenas pleitear em juízo a cobrança dos aluguéis vencidos e não pagos, teríamos, nesse caso, lide parcial e processo parcial.⁶¹⁹

Carnelutti vislumbrou quatro elementos na lide: 1º- para que haja lide é que preciso a existência de *partes*; 2º- é necessário delimitar o *objeto do interesse*, isto é, um bem que se constitui no objeto do conflito; 3º- também deve haver uma *pretensão*, um meio de se exigir a subordinação de outrem ao seu interesse; 4º- não se prescinde de uma *resistência* à pretensão. Dito isto, a ação seria o direito a uma sentença que componha a lide. Distingue-se claramente o interesse em lide, que é de direito material e se constitui no bem a ser protegido pelo processo *mediatamente*, do

⁶¹⁷ Sobre Degenkolb, Plosz Alfredo e Ugo Rocco, vide: AMARAL SANTOS, Moacyr, op. cit. p. 152; BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. I. p. 19.

⁶¹⁸ CARNELUTTI. *Instituições do processo civil*. Vol. I, p. 77-80.

⁶¹⁹ FIDELIS, Ernani, em *Manual de Direito Processual Civil*. Saraiva, 1997, p. 47.

interesse na lide, que é o interesse processual de agir e que visa compor a lide com um provimento judicial adequado. Disso se conclui que a ação pode ser utilizada até por quem não seja o detentor do direito material, caso em que seria julgada improcedente, donde vê-se que a ação seria abstrata porque não implicaria numa sentença favorável, necessariamente.⁶²⁰

O CPC adotou a teoria eclética de Enrico Tullio Liebman, pela qual a ação é um direito subjetivo público e condicionado à existência de duas condições: a legitimidade para agir e o interesse de agir. Inicialmente, Liebman aventou três condições para a ação situando a possibilidade jurídica do pedido ao lado das outras duas. O nosso código adotou sua teoria na concepção inicial, embora Liebman, depois, tenha suprimido a possibilidade jurídica do pedido do rol das condições da ação. O que Liebman fez foi reformular a teoria de Carnelutti, para obtemperar que a lide é de fato um conflito de interesses caracterizado pela oposição ao exercício de uma pretensão, mas não a enxerga como fenômeno exterior ao processo. A lide restará configurada no pedido concreto formulado no processo. Assim, resta rejeitada a idéia de lide parcial e integral, lide é somente a que se informa no processo pelo pedido. E a ação é o direito de se auferir uma sentença de mérito.⁶²¹

3. Distinguindo: direito subjetivo, pretensão e ação.

Um juízo crítico sobre a teoria de Liebman.

⁶²⁰ CARNELUTTI. *Instituições do processo civil*. Vol. I, p. 77-80.

⁶²¹ “*As condições da ação, há pouco mencionadas, são o interesse de agir e a legitimação. Como ficou dito, elas são os requisitos de existência da ação, devendo por isso ser objeto de investigação no processo, preliminarmente ao exame do mérito (ainda que implicitamente, como costuma ocorrer). Só se estiverem presentes essas condições é que se pode considerar existente a ação, surgindo para o juiz a necessidade de julgar sobre o pedido [domanda] para acolhê-lo ou rejeitá-lo*”. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. Vol. I. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 154. Sem negrito no original.

Na doutrina existe uma grande controvérsia sobre a natureza jurídica da ação. Para uns a ação não é direito subjetivo, para outros nem sequer é direito. Sustentando que a ação não é direito, mas mera faculdade, temos: Degenkolb, Plosz e Carnelutti. A ação não é direito porque: 1- não se pode aceitar que haja um direito pertencente a todas as pessoas; 2- se qualquer pessoa sabedora de que não tem direito pode propor ação e levá-la até o final, logo a ação seria um direito dos que não têm direito.⁶²² Foi na tentativa de evitar votos extremados que Enrico Tullio Liebman criou sua famosa teoria *eclética* da ação. Primeiramente, distingue o processo do direito.⁶²³ Para Liebman a ação é um direito subjetivo ao processo e a um julgamento de mérito, ou seja, de sua pretensão, dês que se verifiquem suas condições: a legitimação e o interesse de agir. Estas condições não devem, necessariamente, estar presentes no início do processo, mas sim no do julgamento do pedido.⁶²⁴ Observe-se, em repetição, que, inicialmente, o fundador da escola de direito processual do Brasil (Liebman) ao formular sua teoria eclética da ação imaginou-a, e de fato chegou a concebê-la, com três condições: 1º- a possibilidade jurídica do pedido; 2º- a legitimação para agir; 3º- o interesse de agir.

Alfredo Buzaid aceitou e acatou esta teoria em sua integridade, tanto que apesar de no artigo 3º do CPC referir-se apenas ao interesse e à legitimidade como requisitos para a propositura da ação, no inciso VI do

⁶²² Ap. BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. I. p. 19. Apesar de Celso Barbi inserir Liebman dentre os que consideram a ação não como um direito, mas como mera faculdade, o processualista italiano, em seu “Manual”, diz expressamente que a ação é direito. Mais adiante está escrito: “Coisa diferente é a ação, o direito subjetivo sobre o qual está construído todo o sistema do processo, cuja fisionomia se acha delineada já na primeira parte do art. 24 da Constituição: o direito de agir em juízo é realmente atribuído para a tutela dos próprios direitos e interesses legítimos...”. LIEBMAN, op. cit. p. 150.

⁶²³ “A ordem jurídica constitui-se de dois sistemas de normas, distintos e coordenados, que se integram e se completam reciprocamente: o das relações jurídicas substanciais, representadas pelos direitos e pelas correspondentes obrigações, segundo as várias situações em que as pessoas venham a se encontrar, e o do processo, que fornece os meios jurídicos para tutelar os direitos e atuar o seu sistema”. Ibidem, p. 148.

⁶²⁴ Ibidem, p. 154.

artigo 267, todavia, ao prever o decreto extintivo do processo sem julgamento do mérito, disse: *Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito: - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.*

Ocorre que Liebman reviu e reformulou sua teoria, excluindo a possibilidade jurídica do pedido das condições da ação. E isso porque a lei italiana nº 898, de 01.12.70, que instituiu o divórcio na Itália, desencorajou o precursor da escola de direito processual brasileiro, a manter as três condições e, a partir de então, passou a figurar em sua teoria apenas o *interesse de agir e a legitimação para agir*.⁶²⁵ Mas isso não significa que para o nosso CPC existam apenas estas duas condições, pois quando Liebman efetuou tal modificação ele (o CPC) já estava em vigor, e o inciso VI do artigo 267 continua com a redação original. Logo, a nossa dogmática processual civil requer a presença das três condições da ação, sem que isso impeça, evidentemente, que o juiz, ao reconhecer a impossibilidade jurídica do pedido ou a ilegitimidade *ad causam* – na fase instrutória –, extinga o processo com julgamento do mérito, mesmo a despeito da dogmática literal, como sustentado pela moderna doutrina processual brasileira.⁶²⁶

Neste sentido, encontramos Marinoni e tecendo uma crítica a esta postura de Liebman, malsinando-a de ‘muito próxima’ da teoria da ação como direito concreto.⁶²⁷ Para fugir da proximidade do concretismo

⁶²⁵ Neste sentido veja-se nota de nº 106, do professor Cândido Rangel Dinamarco em LIEBMAN, op. cit. p. 160.

⁶²⁶ Aliás, há também jurisprudência neste sentido, como adiante veremos.

⁶²⁷ Vejamos o seu exemplo: “... quando se defrontam com casos como o da ação reivindicatória, na qual o juiz, após a instrução, verifica que o autor não é o proprietário. Deve ele extinguir o processo sem julgamento do mérito por falta de legitimidade para a causa, ou julgar improcedente o pedido porque o autor não tem o direito material afirmado? Podemos afirmar que a teoria que aceita que o caso é de carência de ação está muito mais próxima do concretismo do que pode imaginar”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 120. Comentando a proximidade da teoria eclética com o concretismo, Rodrigo da Cunha Lima Freire anota: “Com efeito, as condições da ação não são requisitos para a existência da ação, e mesmo na falta de uma delas terá havido atividade jurisdicional. Ademais, o exame a ser realizado pelo juiz a respeito das condições da ação, em princípio, deve ser realizado abstratamente, prescindindo de produção de

Marinoni adota a lição de Kazuo Watanabe, propondo que as condições da ação devam ser examinadas na peça atrial, de acordo com as afirmações do autor. Assim, o demandante de uma ação reivindicatória que afirmasse que o imóvel pertence a seu irmão seria parte ilegítima para a causa, nem mesmo teria ação de direito material. Já a correspondência entre aquilo que é dito na petição inicial e a realidade fática e jurídico-material é exame correlacionado ao mérito da causa. Da mesma forma quem pretende cobrar judicialmente dívida não vencida, não deve ter seu processo extinto por falta de interesse de agir – porque até mesmo quem não é credor tem direito de ação -, o que falta aí é pretensão de direito material.⁶²⁸

Outro crítico da teoria eclética é Ovídio Baptista. Para ele, quando o juiz extingue um processo pela ausência de uma condição da ação há julgamento do mérito da causa⁶²⁹ Também afirmando que as condições da ação estão vinculadas ao mérito, temos Araken de Assis, pois segundo ele a ausência de qualquer delas não opõe entrave algum à formação da relação processual.⁶³⁰ O que nos parece essencial, é o fato de a sentença adentrar ou não no exame da lide, isto é, no conflito de interesses pré-processual. Parece-nos claro que quando isso se der necessariamente terá havido sentença de mérito, como, aliás, o Superior Tribunal de Justiça já vem admitindo em relação à possibilidade jurídica do pedido.

prova, pois, houvesse esta necessidade melhor seria que o juiz apreciasse o próprio mérito da causa”. FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima, op. cit. p. 46.

⁶²⁸ Ibidem, p. 116-7. Aliás, noutra obra Marinoni e Arenhart explicitamente denunciam o erro do nosso CPC em relação às condições da ação: *“Na verdade, como a afirmação da ausência de condição da ação diz alguma coisa no plano do direito material, é equivocada a posição do nosso Código de Processo Civil, no sentido de que o juiz pode sentenciar afirmando a ausência de condição da ação ou sentenciar afirmando a existência ou não do direito material afirmado em juízo. Melhor explicando: não deveria existir condição da ação, e nesse caso o Código de Processo Civil não precisaria, justamente porque em tese não deveria, distinguir a sentença de carência de ação da sentença que julga o pedido”.* MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*, p. 49.

⁶²⁹ *“Quando o juiz declara inexistente uma das condições da ação, ele está, em verdade, declarando a inexistência de uma pretensão acionável do autor contra o réu, estando, pois, a decidir a respeito da pretensão posta em causa pelo autor, para declarar que o agir deste contra o réu – não contra o Estado – é improcedente. E tal sentença é de mérito”.* BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de processo civil*. Vol. I. p. 107.

⁶³⁰ ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 307.

4. Das condições da ação.

No item 15 do capítulo 03, tecemos considerações propedêuticas sobre a situação dos pressupostos processuais e das condições da ação no nosso sistema processual. Pois bem, agora veremos mais amiúde essa problemática. De acordo com o CPC, que adotou a teoria de Liebman em sua fase inicial, as condições da ação são três: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade para a causa e interesse de agir.

Por pedido juridicamente possível deve-se entender aquele que analisado, em abstrato, não encontra vedação pelo ordenamento jurídico. Detalhe interessante a ser anotado é que a doutrina processualista mais tradicional entendia que a *possibilidade jurídica do pedido*, enquanto condição da ação, consistia no exame abstrato donde se verificava se o pedido postulado na ação era previsto em norma jurídica estatal. Entretanto, a evolução do pensamento processual demonstrou que por *pedido juridicamente possível* deve-se entender não apenas aquele expressamente previsto pelo ordenamento jurídico, mas sim que se deveria estender o seu conceito para considerar juridicamente possível o pedido que não fosse *proibido* pelo ordenamento. A exigência não se refere à existência do direito em norma do Estado, basta, apenas, que não seja vedado, em sendo lícito jurídico-materialmente também o será jurídico-processualmente possível. Isto implica no reconhecimento de direitos subjetivos anteriores ou superiores ao sistema de direito positivo. Não se deve perder de vista que possibilidade jurídica do pedido, em princípio, é condição de exame processual que viabiliza o exame do mérito da causa, de sorte que deve estar correlacionada com a ação, que é direito processual, isso segundo a dogmática do CPC, embora o STJ já admita a extinção do

processo com julgamento do mérito quando o pedido for juridicamente impossível, desde que afete a lide.

Parte da doutrina vincula a possibilidade jurídica do pedido à causa de pedir.⁶³¹ As conseqüências processuais decorrentes do acatamento desta assertiva acarretam a admissão de a possibilidade jurídica do pedido poder afetar o mérito da causa. Ora, afirmou-se acima que o processo dirige-se primeira e diretamente contra o Estado e, segunda e indiretamente, contra o réu. Pois bem, o pedido que se formula na ação também possui um direcionamento duplo: primeiramente dirige-se contra o Estado e aí estaremos diante do que a doutrina denomina de pedido imediato; num estágio posterior, porém, o pedido dirige-se contra o réu e aí estaremos diante do que se chama de pedido mediato. Disso se denota que a consideração da possibilidade jurídica do pedido, enquanto mera condição da ação, deve afetar-se à primeira espécie de pedido, pois no segundo caso é inegável que atingirá o mérito.

A juridicidade do pedido subdivide-se em material e processual, estando ambas referidas e previstas nos incisos II e III do parágrafo único do artigo 295 do CPC, que trata dos casos de indeferimento da petição inicial. Esta norma dispõe: “*Considera-se inepta a petição inicial quando: I – omissis; II- da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; III- o pedido for juridicamente impossível; IV- omissis*”. O inciso II estaria unguído à possibilidade jurídica material do pedido, ou seja, é de pedido mediato que se fala. Dessa forma, o indeferimento do **pedido mediato** importa em verdadeira apreciação do mérito da causa com conseqüente perfazimento de coisa julgada em sentido material. Neste contexto Humberto Theodoro Júnior dá-nos o exemplo do cônjuge divorciado que pretende exigir a meação em bem adquirido pelo outro cônjuge após a dissolução da sociedade conjugal. Veja-se que este pleito é impossível porque a meação decorre do casamento, ou da

⁶³¹ Essa problemática vem bem relatada por Rodrigo da Cunha Lima Freire, onde o autor demonstra o posicionamento de boa parte da doutrina nacional. Basicamente o problema é posto da seguinte forma: quando a impossibilidade jurídica cinge-se ao pedido em si mesmo restará excluída a ação e a conseqüente prestação da tutela jurisdicional; quando, porém, a possibilidade jurídica afeta a própria causa de pedir é factível a prestação da jurisdição, há ação e prestação da tutela jurisdicional. FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima, op. cit. p. 73.

união legal, logo uma vez que não mais existia tal união não há que se falar direito à meação. Seria caso de indeferimento da petição inicial porque da narração dos fatos não decorre logicamente à conclusão (artigo 295 do CPC), porém, a sentença do juiz que extinguisse um processo como este se faria com base no artigo 295 c/c artigo 269, ambos do CPC, com julgamento do mérito.⁶³²

Já o indeferimento do **pedido imediato** não atrai para si o julgamento do mérito da causa, isto é, o juiz não examina se o autor possui ou não direito material. Logo, tal apreciação refere-se a uma condição da ação e a extinção do processo dar-se-á sem julgamento do mérito, com base no artigo 295 c/c artigo 267, VI, ambos do CPC. Denote-se que a extinção do processo por impossibilidade jurídica do pedido, sem julgamento do mérito, não impede ao autor intentar nova demanda na qual deduza pretensão mais ampla com fundamento em causa de pedir distinta, como já entendeu a 4ª turma do Superior Tribunal de Justiça em acórdão que teve o como relator o Ministro Sálvio de Figueiredo.⁶³³ De tudo isso, deve-se depreender que havendo uma agressão a uma norma jurídica, independente de sua natureza ser estatal formal ou informal, deve possibilitar-se o exercício do direito de ação, que de acordo com a incidência incondicional da norma seja pela mesma protegido.⁶³⁴

⁶³² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. I. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 54-5.

⁶³³ NEGRÃO, Theotonio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 28. ed. Saraiva: São Paulo, 1997, p. 247.

⁶³⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol. I. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 55. Também Tereza Arruda Alvim Wambier alerta que a tendência mais atual da doutrina processualista é mesmo no sentido de não considerar a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação, mas sim como um atributo do mérito. No mesmo sentido, firma-se José Joaquim Calmon de Passos. Ap. FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima, op. cit. p. 72, onde o autor adverte: “*Todavia, apesar do acerto doutrinário de tal posição, esta não é a orientação do atual direito positivo brasileiro, onde se considera a possibilidade jurídica do pedido uma condição da ação, requisito de admissibilidade para o julgamento do mérito da causa (CPC, art. 267, VI)*”. Mas, apesar de a lei assim dispor, a jurisprudência do STJ já admite que a possibilidade jurídica do pedido possa vincular-se ao mérito, vejamos a seguinte ementa: Acórdão do Superior Tribunal De Justiça -- Recurso Especial Nº 1.751-SP -- (Reg. nº 89.0012835-3) -- Relator: o Exmº Sr. Ministro Barros Monteiro -- Ementa: “*Condições da ação. Preliminar de impossibilidade jurídica do pedido. Apreciação na oportunidade do saneamento do feito. Se a preliminar relativa à impossibilidade jurídica do pedido envolve o "meritum causae", é facultado ao Juiz relegar a sua apreciação para a decisão final da lide. Recurso especial não conhecido.*”. Acórdão: *Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas: Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas, como de lei. Brasília-DF, 20 de março de 1990*

**A segunda condição da ação, a legitimidade para a causa, é
conceituada por Liebman como “a pertinência subjetiva da ação”, ou seja,**

(data do julgamento). Ministro Athos Carneiro, Presidente. Ministro Barros Monteiro, Relator”. Agora vejamos a íntegra do acórdão: “Relatório. O Exmº Sr. Ministro Barros Monteiro: - Alegando cobrança excessiva de juros, mutuário intentou ação de repetição de indébito contra estabelecimento bancário, que, ao contraditar a pretensão, argüiu a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido. Sob tal título aduziu o réu que, tendo o autor adimplido voluntariamente uma obrigação natural nos termos dos arts. 1.263 do Código Civil e 251 do Código Comercial, não há lugar para a pleiteada repetição. Na oportunidade do saneamento da causa, o MM. Juiz de Direito relegou a apreciação da referida preliminar para a decisão final. Inconformado, o réu tirou agravo de instrumento ao qual o Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo negou provimento com a seguinte motivação: “Pelo que relata a inicial, o agravante teria cobrado juros indevidos de seu cliente, o agravado, por força de empréstimos especiais concedidos, representados por “Cédulas Rurais Pignoratícias”, sujeitas a taxas pré-estabelecidas de juros. No caso enfocado, é a causa do pagamento indevido que está em jogo. Em regra, toda vez que o pagamento é sem causa a repetição poderá ser pleiteada por aquele que pagou por erro de fato ou de direito. Isto posto, sem conhecer o exato montante da cobrança “indevida, fato só apurável através da ordenada perícia, não podia mesmo o MM. Juiz decidir, desde logo, a preliminar suscitada pelo credor. Demais disso, admitida a prova do erro de fato ou de direito, pode perfeitamente ser produzida na instrução, pelo intitulado prejudicado. Correta e bem justificada a r. decisão agravada, ao recurso negam provimento.” (fls. 71/72). Ainda irresignada, a instituição financeira manifestou recurso especial com fulcro no art. 105, nº III, letras “a” e “c”, da CF, apontando negativa de vigência dos arts. 1.263 do Código Civil e 251 do Código Comercial. Sustentou que, quando o demandante efetuou o pagamento, se achava ele convencido da sua exigibilidade. Acentuou, outrossim, que o recorrido não comprovou o montante da alegada cobrança indevida. Indicou como arestos divergentes os estampados in RJTJESP 45/185 e RT 547/165. Admitido o apelo extremo pela alínea “c” do permissivo constitucional (discrepância com o julgado inserto na RT 547/165), ambas as partes arazoaram. É o relatório. VOTO. O EXMº SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (RELATOR): - Não se ignora, conforme ressaltado pelo aresto paradigma trazido à colação (RT 547/165), que, vencida a fase postulatória, o Código de Processo Civil vigente impõe o exame, pelo juiz, dos pressupostos processuais, das condições da ação e da validade dos atos de procedimento. Nesse sentido alinha-se inclusive a orientação da doutrina (cfr. J. J. Calmon de Passos, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. III, pág. 516, ed. 1974). Ocorre que a espécie retrata uma situação própria, peculiar. **A prejudicial de impossibilidade jurídica do pedido no caso vincula-se ao “meritum causae”** e faz-se, por conseguinte, dependente da produção de provas. É, aliás, o que deixou repassado o Acórdão recorrido. O contestante, ora recorrente, invocou o disposto nos arts. 1.263 do Código Civil e 251 do Código Comercial, assim como insistiu na alegação de que o mutuário não agira em virtude de erro ou coação. Tudo isto - bem se vê - diz respeito ao merecimento da lide. Está em jogo a causa do pagamento indevido, como acentuou o Acórdão atacado. Nesses termos, entrosando-se a matéria enfocada na preliminar com o próprio mérito do litígio, bem procederam o Juiz e o Tribunal “a quo” ao relegar o seu exame para o desfecho final da demanda. Esta particularidade obsta o cotejo do julgado recorrido com o genérico aresto indicado como modelo pelo recorrente. De destacar-se que a ausência de indicação pelo autor do montante a ser-lhe restituído não foi objeto da argüição preliminar ora em foco e, nem tampouco, por via de consequência, objeto de análise pelo Acórdão recorrido. Como se pode notar, o recorrente inova, nesse passo, em suas razões de recurso. Por derradeiro, afigura-se nitidamente prematura a assertiva de negativa de vigência dos arts. 1.263 do Código Civil e 251 do Código Comercial, uma vez que nada se decidiu, tanto em 1ª Instância, como na 2ª, acerca do mérito da causa. Ante o exposto, não conheço do recurso. É como voto. Extrato da Minuta: REsp nº 1.751 (89.0012835 - 3) - SP. Relator: O Exmº Sr. Ministro Barros Monteiro. Recorrente: Banco Real S/A. Recorrido: Norival Favaro. Advs.: Drs. Silvia Regina Vilardi Caporalini e outros, José Augusto da Silva e Milton Bernardes. DECISÃO: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso. (Em 20.03.90 - 4ª Turma). Os Srs. Ministros Athos Carneiro, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo votaram com o Relator. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Exmº Sr. Ministro Athos Carneiro”.

será a identidade entre quem a propôs e aquele que pode pleitear, para si ou para outrem, em seu próprio nome, determinada tutela jurisdicional. O artigo 3º do código de processo civil cometeu o equívoco de exigir que para propor ou contestar a ação é necessário ter interesse e legitimidade. Ora, nem sempre quem contesta possui legitimidade para a causa, mas, nada obstante, possui direito ao que Liebman chamava de *legitimidade para contestar*. Não se perca de vista que quando o detentor é demandado em nome próprio numa ação sobre a posse ou propriedade da coisa, ou seja, sendo ele parte ilegítima, o CPC (artigo 62) manda que nomeie à autoria o possuidor ou o proprietário. Entretanto, se o autor ou o nomeado recusar a nomeação, o código determina que seja devolvido o prazo para o réu (detentor e parte ilegítima) contestar a ação. Vejamos o que diz a letra do artigo 67: *Quando o autor recusar o nomeado, ou quando este negar a qualidade que lhe é atribuída, assinar-se-á ao nomeante novo prazo para contestar*. Logo, vê-se que o próprio CPC prevê hipótese em que quem contesta é *parte ilegítima*, ao contrário do que, illogicamente, determina no artigo 3º.

A legitimidade para a causa não está associada à capacidade para os atos da vida civil, de maneira que uma pessoa absolutamente incapaz pode ser parte num processo, até mesmo quem não é pessoa pode deter esta condição da ação como os entes despersonalizados previstos no artigo 12 do CPC (massa falida, condomínio e espólio), bem como o nascituro. Também não deve ser confundida a legitimidade para a causa com a legitimidade para o processo: enquanto aquela é – segundo o código – condição da ação e sua ausência acarreta o decreto de carência de ação (267, VI); esta é pressuposto processual e sua ausência impede que a relação jurídica processual se forme ou se desenvolva validamente sem, contudo, chegar-se à categoria de carência de ação, não gera decreto de carência de ação e sim mera extinção com base no 267, IV.

A terceira condição da ação é o interesse processual de agir, que na definição de Liebman é: “... a relação de utilidade entre a afirmada lesão de um direito e o provimento de tutela jurisdicional pedido”.⁶³⁵ Para a movimentação da máquina judiciária é preciso que a parte autora demonstre ao juiz que possui interesse processual. Noutras palavras, é preciso que demonstre que sem a atuação do poder judiciário o seu direito quedar-se-á violado ou ameaçado de violação. Trata-se de interesse secundário cuja função é resguardar o interesse primário, que é, este último, de direito material. Assim, se num contrato de compra e venda a prazo o comprador obriga-se a pagar o preço em dez parcelas, enquanto estiver adimplente o vendedor não terá interesse processual de agir para proteger o seu interesse primário (recebimento do preço acertado), porque este simplesmente não foi violado nem ameaçado de violação.⁶³⁶ Mas a partir do momento em que o comprador ficar inadimplente, proporcionará ao vendedor o direito de ação porque agora sim ele terá *interesse de agir*.

Diz-se secundário este interesse processual porque sua finalidade é a de resguardar e proteger o interesse primário (de direito material). Pode ocorrer que em alguns casos a parte autora possua o interesse de agir antes de iniciar a demanda e que, ao iniciá-la, ele não mais exista. Nesses casos a solução apontada pelo STJ é no sentido de que o processo perde o seu objeto, caso em que deve ser extinto sem julgamento do mérito com base no inciso VI do artigo 267 do CPC.⁶³⁷ O interesse de agir é ainda vinculado à questão da adequação do processo ao procedimento escolhido pelo autor. De tal modo, se o credor, detentor de

⁶³⁵ LIEBMAN, op. cit. p. 156.

⁶³⁶ Salvo se pretender manejar a ação meramente declaratória do artigo 4º do CPC.

⁶³⁷ Superior Tribunal de Justiça -- RIP:00007359 DECISÃO:06.12.1991 -- Processo: MS -- Nº: 0000032 ANO:89 UF:DF - Turma:S1 -- Mandado de Segurança. Fonte: DJ - Data: 03.02.1992. PG:00421. Ementa: “Mandado de segurança. Perda de objeto. Falta de interesse de agir do impetrante. I - Se não mais existe qualquer ato a ser desconstituído, pois a portaria ministerial impugnada foi ratificada pelo decreto de 28.06.89, publicado no D. O. U. de 29 de junho de 1989, editado pelo Exmo. Sr. Presidente da República, autoridade competente para prover e destituir chefias de missões diplomáticas no exterior, nos termos da Constituição Federal (art. 84) e da lei n. 7.501, de 1986, falta ao impetrante interesse de agir neste mandado de segurança. II - Extinção do processo (C. P. C., artigo 267, VI). Relator: Ministro Antonio de Pádua Ribeiro”.

título executivo apto a ensejar ação de execução, optar por uma demanda cognitiva carecerá de interesse processual, porque o máximo que este tipo de tutela pode conceder-lhe é um título executivo (artigo 584, I do CPC) e isto ele já possui (artigo 585 do mesmo código), logo resta comprovada a falta de interesse. Observe-se que pela sistemática do CPC o título executivo extrajudicial possui a mesma força expropriatória de um título judicial, então se o credor de um cheque, por exemplo, pode imediatamente dispor do processo de execução não há interesse na opção pelo processo de conhecimento.

5. Acepções utilizadas pelo código civil acerca

da expressão ação. Da ação de direito material.

Pontes de Miranda, ressalve-se, não aceita a ação como um direito subjetivo. Para ele é perfeitamente possível distinguir que quando se fala em ações ordinárias e sumárias, ou especiais, na verdade menciona-se remédios jurídicos processuais e não sobre pretensões. Todavia, quando se aventa as categorias *ações fundadas em direitos reais ou pessoais*, do que se tratou aí foi de “pretensões”. A expressão ação foi utilizada pelo Código Civil brasileiro em pelo menos duas acepções: numa primeira, corresponde à pretensão, por exemplo, quando se refere às ações fundadas em direitos reais e pessoais; numa segunda, a remédio jurídico processual, quando se refere às ações de rito sumário ou ordinário. Para o tratadista alagoano, formado pela Escola do Recife, os juristas que enxergam na ação direito subjetivo têm *superficial visão de ciência*.⁶³⁸ Nos parece, porém, que a ação

⁶³⁸ Pontes de Miranda distingue com maestria os conceitos de ação, direito subjetivo e pretensão: “Na distribuição dos bens da vida, incluindo-se neles o próprio viver, a liberdade e os direitos políticos, bem como a honra e a incolumidade individual, grande parte dos direitos se conserva insubjetivada, constituindo domínio do direito objetivo puro, e outra parte subjetiva-se, mercê daquele plus a que

é direito subjetivo porque nela se vislumbra um comportamento exigível em face do seu sujeito ‘passivo’. Este sujeito, contudo, não é o réu, mas o Estado, que, pela ação, tem o dever de analisar a pretensão demandada, desde que presentes os pressupostos deste exame meritório.

6. Pretensão e ação de direito material.

A efetivação da pretensão pela via auto-satisfativa.

Ação de direito material é auto-atuação da pretensão efetivada pelo seu próprio titular.⁶³⁹ Esta concepção da ação é vinculada à vedação da autotutela privada. Nessa medida vê-se que uma vez proibida a autotutela a ação de direito material exerce-se, via de regra, através da ação processual. Em algumas situações, como casos de divórcio, verifica-se impossível a ação de direito material sem a ação processual, eis que tal pretensão somente é exercitável pelo processo.

A ação, enquanto gênero, subdivide-se em duas espécies: ação de direito processual e ação de direito material. Existe na relação jurídica de direito material, além da *pretensão* uma correlata *prestação*. Quando, exemplificativamente, o credor fica com o dinheiro do devedor para saldar uma dívida deste para com aquele, isto não se traduz em

antes nos referimos. A linha divisória entre os direitos subjetivos e os direitos não subjetivos varia com os lugares e com o tempo. Vulgarmente exames desatentos confundem o direito subjetivo, a pretensão e a ação. A ação, a actio, supõe, sem necessitar, o direito objetivo, que a dê, e fato, que a constitua a razão de seu exercício. Por isso mesmo não se identifica com o dever do sujeito passivo. Se o direito subjetivo tende à prestação, surgem a pretensão e a ação. A ação, que supõe haver-se transgredido a norma, constitui outro plus e tende, não à prestação, mas a efeito jurídico específico. O credor tem direito subjetivo ao que se lhe atribui: tem-no, desde que a relação nasceu. A exigibilidade faz-lhe a pretensão. Se o devedor não paga como e quando deve pagar, cabe-lhe então a ação. Não se diga que a coação a caracterize os dois, a ação e o direito subjetivo; porque o que existe de coativo no direito é comum ao direito objetivo não-subjetivado e aos direitos subjetivos”. MIRANDA, Pontes de. Tratado das ações. Tomo 1, p. 49-50.

⁶³⁹ “A ação de direito material é o agir – não mais o simples exigir – por meio do qual o titular do direito realizá-lo-á por seus próprios meios, ou seja, independentemente da vontade ou de qualquer outra conduta positiva ou negativa voluntária do obrigado”. MARINONI. *Novas linhas do processo civil*, p. 116-7.

ato coativo que reforce a sanção ou o inadimplemento. Este ato não se inclui na relação de direito processual, mas na de direito material. Do mesmo modo o exigir o cumprimento da prestação, ainda que sem a observância espontânea do devedor, constitui-se em “... expressão da pretensão material, e não a ação como exercício do direito à prestação de tutela jurisdicional”.⁶⁴⁰

A pretensão advém de regra jurídica posta pelo ordenamento. Assim, tem-se a possibilidade de existirem sanções que integram a própria pretensão de direito material. Veja-se que em seu Tratado das Ações, Pontes de Miranda já avultava que pode haver coerções jurídicas extrajudiciais, como, por exemplo, a compensação onde a autosatisfação do credor dá-se sem a intervenção dos órgãos estatais jurisdicionais.⁶⁴¹

Mas a relação jurídica de direito processual é autônoma em face da relação de direito material. Mas a autonomia da relação jurídica processual não a “desliga” da relação jurídica de direito material, com a qual é conexa: “*A Relação processual é instrumentalmente conexa com a relação material*”. Vilanova diz que entre a relação de direito material e a relação de direito processual existe uma terceira relação, que é *relação de relação*.⁶⁴²

7. A sanção nas relações jurídicas material e processual.

A sanção não se confunde com a coação. Aquela pode ocorrer independentemente da atuação do poder judiciário. Donde se conclui que nem toda sanção é dotada de força coercitiva. Já a coação, entretanto, somente ocorre com a norma secundária (no sentido de Vilanova), que, por natureza, é norma sancionadora e o descumprimento de uma norma primária constitui-se no pressuposto de sua atuação. A via adequada, juridicamente falando, de se exigir *coercitivamente* o implemento de uma

⁶⁴⁰ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*, p. 125.

⁶⁴¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. Tomo 1, p. 49-50.

⁶⁴² VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*, p. 128.

sanção, é a via processual. Assim, é de se admitir o direito à sanção. E esta se distingue em sanção integrante da relação material (de direito público ou privado), e sanção integrante da relação processual (sempre de direito público). A coação, por sua vez, é conceituada como o poder de efetivar a sanção através da atuação da jurisdição.⁶⁴³

Numa relação jurídica material, isolada no âmbito de uma norma primária, é possível a existência de sanção sem a atuação dos órgãos jurisdicionais. Isto é o que ocorre quando um credor, numa relação contratual na qual o devedor esteja em mora, impõe-lhe o pagamento de juros, como estabelecido no contrato. Esta sanção é parte integrante da norma primária. Todas as providências que o credor adotar para a satisfação de seu crédito ocorrem em nível da pretensão e da ação de direito material. Logo, conclui-se que tanto pretensão quanto ação de direito material são institutos pré-processuais.⁶⁴⁴

8. Conclusões sobre a ação em sua

concepção material e processual.

8.1.A ação de direito material:

- 1- tem como sujeito passivo o réu, ou seja, quem está em situação jurídica de inadimplência;**
- 2- é de direito concreto, pois a sua procedência importa na obtenção da efetivação da pretensão;**
- 3- constitui-se no agir através do qual o titular de um direito o torna efetivo por si mesmo;**

⁶⁴³ Ibidem, p. 130.

⁶⁴⁴ Observe-se que todo esse pensamento esquemático referente à ação de direito material, foi desenvolvido precedentemente por Pontes de Miranda no Volume I, de seus *comentários* ao CPC, (editora Forense, 1997, p. 75-8), bem como no tomo I de seu Tratado das Ações.

- 4- possui sanção, mas se não houver o adimplemento espontâneo não poderá impor ao réu o cumprimento coercitivo da prestação.

8.2. A ação de direito processual:

- 1- tem como sujeito passivo o Estado;
- 2- é direito abstrato, pois a sua procedência importa, apenas, no exame do mérito e não no acolhimento da pretensão;
- 3- efetiva o exercício do direito de acesso aos tribunais;
- 4- é o poder de tornar efetivo o direito de acesso aos tribunais;
- 5- a ausência de uma das condições significa que inexistia *pretensão acionável* em relação ao réu. Note-se que o Estado, de fato, chegou a ser acionado;
- 6- a sentença que extingue o processo pela ausência de uma condição da ação, pode constituir-se em sentença de mérito, posto poder versar sobre tema pré-processual atinente à lide;
- 7- possui sanção e coação, pois se não houver o cumprimento espontâneo da prestação o Estado poderá determinar sua concretização, contra a vontade do devedor, através de medidas judiciais coercitivas.

9. Conclusões sobre a teoria eclética.

Em conclusão, pode-se arrematar que a teoria eclética de Liebman peca nos seguintes aspectos:

- 1- se as condições podem ser provadas em momento posterior ao da propositura da demanda, e, se ao final da instrução verifica-se a ausência de uma

delas, e o autor for decretado carecedor do direito de ação, esta não poderá ser aceita como instituto abstrato;

2- o direito à sentença de mérito não pertence apenas à parte autora, eis que consoante o § 4º do artigo 267 do CPC, o réu, após o oferecimento da defesa, pode forçar o juiz a julgar a lide mesmo que o autor não o queira mais. Até nas ações de execução o princípio da livre disponibilidade da ação não é absoluto, eis que, consoante o artigo 569 do CPC, se houver embargos que versem sobre matéria de mérito, o exequente somente poderá desistir da execução com o consentimento do executado. Assim, o réu, apesar de não exercer ação, tem direito à sentença;⁶⁴⁵

3- ao considerar que a atividade do juiz que examina a existência dos pressupostos processuais e condições da ação não se constitui em atividade jurisdicional, cria-se um inultrapassável impasse quanto à explicação da natureza jurídica de algumas decisões interlocutórias, cautelares ou antecipatórias da tutela (interlocutórias mistas);

4- a teoria eclética, ao tratar da ação de direito processual, a confundiu com a de direito material;

5- a ação, enquanto poder-direito de provocar a Jurisdição, através do processo, não se resume ao poder de, apenas, provocar a função jurisdicional para que o processo inicie-se. Além disso, ela garante, ao demandante, poderes de impulso e de participação após a instauração do procedimento em juízo.⁶⁴⁶

6- a ação é super valorizada no âmbito da teoria do processo, pois é posta, centra-se como conceito nuclear da ciência processual e representa a bandeira liberalista-individualista mais apropriada para a época na qual o processo civil ainda gravitava em torno do direito privado, algo de há muito ultrapassado. Por força da publicização do direito processual civil, os alemães descentralizaram a ação do núcleo da ciência processual (*Rechtsschutzanspruch*) e verteram-se para o problema do *direito de demandar (Klagerecht)*, dando mais

⁶⁴⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de processo civil*. Vol. I. p. 97-109.

⁶⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 81.

atenção ao método processual (*Streitgegenstand*). Os italianos, todavia, mantiveram-se ungidos com a problemática da ação enquanto tema central da ciência processual, e nisso, não é necessário dizer, influenciaram a doutrina brasileira que inspirou a concepção do atual código, que, quanto a este aspecto, está em franca dissimetria com os modernos sistemas processuais de índole publicista socializante.⁶⁴⁷

10. Elementos da ação.

A doutrina tradicional enumera três elementos da ação: as partes, a causa de pedir e o objeto. O fundamento desse entendimento está no § 2º do artigo 301 do CPC, pois são os elementos da ação sua nota de identificação, o seu DNA, por assim dizer: *Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.*

10.1. Do conceito de parte.

Somente se pode falar de direito ante um conflito de interesses:
***“Onde não há conflito de interesses, não pode haver direito, porque nessa hipótese não há necessidade de direito”.*⁶⁴⁸ Direito é fenômeno de pacificação social, pressupondo, assim, a existência de um conflito prévio**

⁶⁴⁷ “A preocupação central com a ação é sinal da visão privatista do sistema processual, supostamente posto a serviço do autor e dos direitos, como se toda pretensão deduzida em juízo fosse procedente e fosse uma verdade a invariável presença da lesão, como requisito para o interesse de agir (*a idéia da lesão, que ainda se vê na Constituição brasileira e no próprio Código de Processo Civil, é inerente à teoria civilista da ação e incompatível com as posturas metodológicas contemporâneas*)”. DINAMARCO. *A instrumentalidade do processo*, p. 46, sem negrito no original.

⁶⁴⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*, p. 93.

que se constitui, via de regra, no elemento econômico da situação jurídica. Os sujeitos do fenômeno jurídico processual são, necessariamente, dois e o objeto desse mesmo fenômeno é, necessariamente, um,⁶⁴⁹ eis que o número de litigantes num dos pólos da relação processual, ou mesmo em ambos, e sua quantidade, não indica a presença de mais do que duas partes, daí o princípio da dualidade das partes.⁶⁵⁰

10.1.2. O princípio da dualidade das partes.

Uma relação processual somente abrange duas únicas partes. Nada obstante isto, pode haver dois ou mais sujeitos processuais – autores ou réus – num mesmo pólo da relação processual. Denote-se a possibilidade de haver mais de dois sujeitos – ativos ou passivos –, litisconsortes, mas isto não quer dizer que haja mais de uma parte de um mesmo lado. Veja-se ainda que o conceito de terceiro não se confunde com o de parte, nem com o de sujeito – ativo ou passivo – da relação processual.⁶⁵¹

10.1.3. O conceito de parte em Francesco Carnelutti.

⁶⁴⁹ No sentido de que, mesmo nos casos de pedidos cumulados, haverá um único **grupo** de pedidos.

⁶⁵⁰ “... mesmo que os sujeitos sejam mais de dois, se juntam em dois grupos, e por outro lado, mesmo que os objetos sejam mais do que um, formam um único grupo. Pode, assim, conceber-se um crédito que diga respeito, em vez de a uma só pessoa sobre outra, a várias pessoas sobre várias; mas todas estas pessoas, fôssem elas mesmo um cento, se reúnem em dois grupos apenas. Pode, por seu turno, suceder que o crédito tenha por objeto, em vez de uma, várias coisas, mas todas elas em conjunto constituem o bem para que tendem os interesses contrapostos”. Ibidem, p. 94.

⁶⁵¹ “Mesmo, pois, que os sujeitos da relação sejam mais de dois, as partes é que não podem ser mais de duas. Parte é, assim, não tanto o sujeito em si, como o que é sujeito pela sua posição na relação. Precisamente porque as partes não são, nem mais nem menos de duas, para indicar quem não é parte emprega-se a palavra terceiro”. Ibidem, p. 94.

Segundo Carnelutti o conceito de parte não é um *prius*, pois que não se extrai *a priori*, isto é, independente da experiência, é um conceito *a posteriori* porque só se pode falar de *parte* quando o todo for quebrado, violado, “partido”. Isso fica muito bem representado pela analogia com o conceito de *partido*. Numa Democracia fala-se em partido porque ele representa apenas um ou vários, mas não todos os setores de uma sociedade politicamente organizada. Logo, parodiando Carnelutti, o partido só é partido porque não representa toda a sociedade. Pode haver sociedade sem partido político, mas a recíproca é falsa. Assim como não se pode pensar numa parte de uma ‘maçã’ sem se pensar na ‘maçã’ como um todo. Eis, enfim, como se pode refletir o entendimento de Carnelutti acerca do conceito de parte.⁶⁵²

Transplantando isso para o plano processual não se pode cogitar de *parte* sem que haja uma relação jurídica de direito material quebrada, partida, ou ameaçada de quebra. Se penso num contrato de locação no qual locador e locatário estão a cumprir, reciprocamente, todas as suas obrigações contratuais, não posso conceber que haja ou possa haver *parte*. Exceto se um desses contratantes pretendesse provar a existência de tal relação jurídica, mas aí estaríamos diante de uma ação meramente declaratória, do tipo positiva. Todavia, se cogito que o locatário deixou de pagar os aluguéis a que se obrigara (causa próxima), então estarei diante de uma situação na qual o contrato foi partido. Sendo facultado ao locador utilizar-se da ação de despejo, porque a partir desse momento ele passou a deter o *interesse processual de agir*, que é secundário, para proteger o seu

⁶⁵² “Il concetto di parte, per quanto abbia una importanza somma per la conoscenza del mondo, no solo del diritto e del processo, no è uno di quelli, ai quali abbia posto molta attenzione né la logica né, in genere, la filosofia (...) La prima cosa da dire è che la parte non è un *prius* ma un *posterius*: il suo concetto, cioè, ne postula un altro, che è il concetto del tutto. Della parte non si può dare una definizione se non negativa; la parte non è il tutto. Che il tutto logicamente precede la parte resulterà bem chiaro a chi rifletta il tutto si può dare senza parte, ma non la parte senza il tutto: una mela può stare da sé, ma una mezza mela non può pensare senza la mela.”.CARNELUTTI. *Diritto e processo*. Napoli: Morano Editore, 1958, p. 51.

interesse primário que, por sua vez, é de direito material. Por isso se diz que a relação jurídica processual é efectual: porque o exercício do direito de ação depende de uma lesão, ou ameaça de lesão, a um direito material. Logo, é efeito de um tal fato, de uma tal causa de pedir próxima, pode-se complementar.

10.1.4. Conceito de parte em Pontes de Miranda e o princípio da igualdade de tratamento das partes.

Pontes de Miranda explica que, de regra, parte é o sujeito do direito ou do dever da pretensão, mas o conceito de parte não é de direito material, queda-se nos albores do direito formal e não existe a exigência de a parte coincidir com o titular do direito em exame na *fattispecie*.⁶⁵³ A isto se acrescente que o princípio da igualdade de tratamento das partes orienta que o tratamento dispensado pelo juiz aos litigantes deve sempre ofertar as mesmas oportunidades, as mesmas armas. O processo é uma verdadeira luta onde nem sempre vence quem, de fato, tem razão. É possível que a parte que não concorreu para a causa de pedir próxima (fato que proporciona o exercício da ação), e que, em princípio, seria a detentora do direito material, isto porque a causa próxima de pedir é sempre um fato ou ato agressor ao direito da outra parte, pode ser que tal parte venha a perder a demanda, todavia. O juiz como mediador dos atos processuais das partes tem a obrigação de ofertar tratamento isonômico aos contendores. A concessão de uma liminar, por exemplo, não deve servir para ofertar vantagem processual à parte autora, mas sim para lhe garantir a isonomia processual em relação ao réu, tanto que o juiz deve

⁶⁵³ “Partes são as pessoas para as quais e contra as quais é pedida a tutela jurídica. As partes é que pedem, ou é contra elas que se pede. De regra são as partes os sujeitos do direito e do dever, da pretensão (...) De onde se tira que o conceito de parte é de direito formal e de ordinário coincide, porém não precisa coincidir, com o de titular do direito na relação jurídica controvertida, ou com o de sujeito passivo dessa relação”. Grifei. MIRANDA, Pontes. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. I. Atualizado por Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, p. 220.

cuidar para não inverter o perigo da demora em desfavor do demandado.

E a esse tratamento igualitário atribui-se a designação de princípio da igualdade de tratamento das partes. Sua inobservância enseja a anulação do processo por agressão a esta garantia processual, sem significar, outrossim, que o juiz deva ser inerte na busca da verdade material.

10.2. Da causa de pedir: a teoria da substanciação; coincidências de causas e litispendência.

O pedido postulado deve corresponder ou relacionar-se com uma causa, ao formular seu pedido deve o autor fundamentar a sua pretensão. Tal exigência consta do artigo 282 do CPC, que dispõe sobre os requisitos da petição inicial. Ao determinar que o autor expusesse os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido, o CPC adotou a teoria da *substanciação* que determina a demonstração fundamentada da causa de pedir: próxima e remota. Por causa de pedir remota deve-se entender o fato gerador do direito material, assim, numa ação de despejo a causa de pedir remota será o contrato de locação porque foi este negócio jurídico que fez nascer o direito material, a relação jurídica material *linear* entre as partes. Por causa de pedir próxima deve-se conceber o fato que viola ou ameaça de violação o direito material, ou seja, mantendo relação de pertinência a incidir sobre a causa remota. Assim, numa ação de despejo por falta de pagamento a causa remota continuará sendo o contrato celebrado entre as partes e a causa de pedir próxima será a falta de pagamento. Foi o ato que violou (também pode ser o ato que apenas ameace de violação o direito material) o contrato (direito material). A causa próxima será, então, o fato que, uma vez ocorrido, ensejará a possibilidade de exercício da ação. Observe-se que se não tivesse havido a inadimplência do locatário o locador não teria ação contra ele, pelo motivo ‘falta de pagamento’.

O TJDF considera que a omissão da causa de pedir próxima, na petição inicial, constitui motivo para o seu indeferimento, por inépcia com

arrimo no parágrafo único do artigo 295 do CPC.⁶⁵⁴ Muito importante nos parece o detalhe de que a repetição de ação envolvendo todos os seus elementos (partes, causa e objeto) poderá acarretar ou a coisa julgada (se a ação anterior já tiver sido decidida com trânsito em julgado), ou a litispendência (quando uma das ações ainda não tiver sido decidida de forma definitiva, isto é, não transitada em julgado). Ora, a litispendência e a coisa julgada são matérias de defesa argüíveis em preliminar de contestação (artigo 301 do CPC). Mas veja-se que o entendimento da jurisprudência é no sentido de que não havendo a coincidência entre as causas próximas, nas ações onde se alega litispendência, não há que se falar nesse fenômeno processual.⁶⁵⁵

Em relação às ações fundadas em direitos reais existe dissídio doutrinário quanto à necessidade de demonstração de ambas as causas, pois há quem afirme não ser necessária referência à causa remota, que se constitui no modo de aquisição do direito real.⁶⁵⁶ O problema de identificação de ações pode acarretar, como já se frisou, a coisa julgada ou a litispendência. Pelo § 1º do artigo 301 do CPC: *Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada. Isto exige a repetição de todos os elementos da ação. Continuando com o § 3º deste artigo, deve-se entender por litispendência o fenômeno processual quando se repete ação, que está em curso; e haverá coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso.*

⁶⁵⁴ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - Apc - Apelação Cível - Número: 0003871 UF:DF - Distrito Federal - Reg.Int.Proces.: 11.783 APC0003871 - Decisão: 22.03.76. Órgão Julg.: 61 - Primeira turma cível - Relator: Desembargador Eduardo A. Ribeiro de Oliveira - Publicação: DJDF - DATA: 31.05.76 PÁG.: 3.839. Ementa: “*Não declinando a inicial a causa próxima do pedido, a hipótese é de inépcia. Decisão: Dar provimento, nos termos do voto do relator. Decisão unânime*”.

⁶⁵⁵ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - Apc - Apelação Cível - Número: 0016264 ano: 87 UF:DF - Distrito Federal - Reg.int.proces.: 40.903 apc0016264 - Decisão: 24.06.87, órgão julg.: 61 - primeira turma cível. Relator: Desembargador Simão Guimarães Souza. Ementa: “*Dano moral - previsão em dispositivos esparsos - litispendência - indenização. O código civil prevê a possibilidade da indenização por dano moral, em diversos dispositivos: 76, 159, 1538 par.1 e 2, 1543, 1548 e 1549. Não há litispendência quando a causa próxima de pedir é diversa. O dano moral é reparável, devendo o juiz fixar a indenização dentro dos padrões do bom senso considerando cada caso. Apelação a que se negar provimento. Decisão: improver, à unanimidade*”. Sem negrito no original.

⁶⁵⁶ AMARAL SANTOS, Moacyr, op. cit. p. 164.

Nesses casos o juiz pode conhecer de ofício do problema e extinguir o processo. Aliás, de todas as matérias enumeradas no artigo 301 apenas o compromisso arbitral, o juiz não pode conhecer de ofício.⁶⁵⁷ Na ação de execução, a justiça gaúcha já decidiu que ambas as causas encontram-se no título executivo, não se devendo confundir a causa de pedir com a causa da dívida. Isso nos parece acertado, eis que a causa, nesse caso é a dívida e não o que deu causa a dívida.⁶⁵⁸

10.3. Do objeto da ação

O objeto da ação é o seu pedido.⁶⁵⁹ O pedido, por sua vez, é classificado em *mediato* e *imediato*. O pedido imediato é a providência jurisdicional que se postula, pode ser: uma sentença condenatória, declaratória, constitutiva, etc. O pedido mediato designa a utilidade que se pretende alcançar pela sentença, é o próprio bem objeto da lide, pode ser:

⁶⁵⁷ As matérias que podem ser conhecidas de ofício e que são objeto de preliminar, são: *I - inexistência ou nulidade da citação; II - incompetência absoluta; III - inépcia da petição inicial; IV - perempção; V - litispendência; VI - coisa julgada; VII - conexão; VIII - incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização; X - carência de ação; XI - falta de caução ou de outra prestação, que a lei exige como preliminar.* Sem desconhecer que o inciso IX – que falava de - compromisso arbitral, foi alterado pela Lei nº 9307, de 23/09/1996, DOU de 24/09/1996, e passou a ter a redação *convenção de arbitragem*, entendemos que continua em vigor a proibição de o juiz conhecer de ofício a matéria *convenção de arbitragem*.

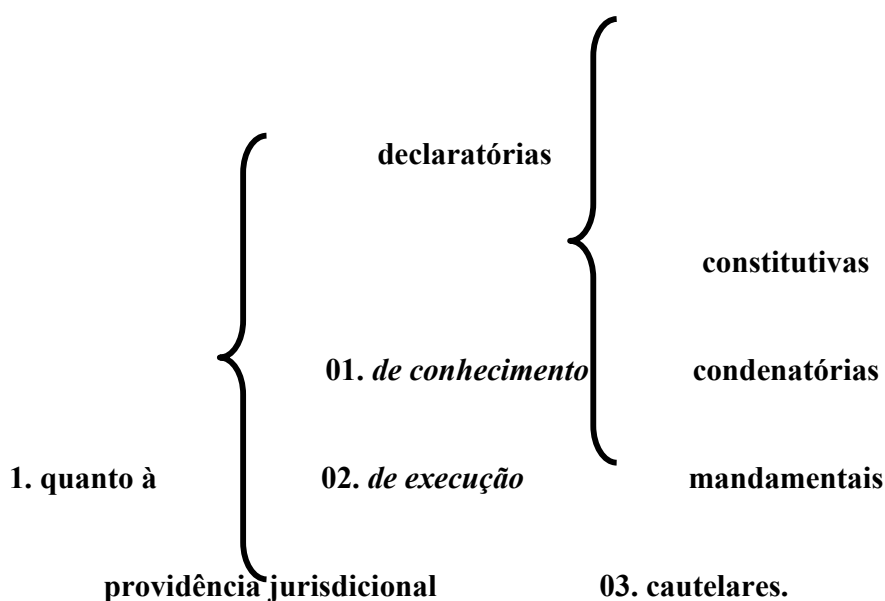
⁶⁵⁸ Veja-se: Recurso: Apc - Número : 27337 - Data : 19820422 - Órgão: Quarta Câmara Cível - Relator: Luiz Melibio Uiracaba Machado - Origem : Cerro Largo – Ementa: “*Direito das duplicatas. Endosso-mandato e ilegitimidade ativa de parte. Falta de aceite e causa-debendi. 1. A expressão "por cobrança", inserta no endosso, caracteriza-o como endosso-mandato. Donde ser o endossante parte ativa legítima para promover a ação de execução fundada naquele título. Inteligência do artigo 295, II, do Código de Processo Civil, e do artigo 25 da lei das duplicatas. Processual civil. Modificação da causa de pedir. - a causa de pedir, próxima e remota, na ação de execução fundada em duplicata, está no título mesmo e não nos negócios jurídicos mercantis que estão na origem. A discussão da causa da dívida não se confunde com a discussão da causa de pedir. Por isso, inócurre a alegada modificação. Inteligência do artigo 264 do código de processo civil. Decisão: dado provimento. Unânime”.*

⁶⁵⁹ Para o Superior Tribunal de Justiça: “*O pedido é aquilo que se pretende com a instauração da demanda e se extrai a partir de uma interpretação lógico-sistemática do afirmado na petição inicial, recolhendo todos os requerimentos feitos em seu corpo, e não só aqueles constantes em capítulo especial ou sob a rubrica 'Dos pedidos'.*” (STJ-4ª Turma, REsp 120.299-ES, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 25.6.98, não conheceram, v.u., DJU 21.9.98, p. 173).

a entrega da coisa que se pretende, o recebimento do preço. O pedido imediato vincula-se ao direito processual, é instrumento de efetivação da pretensão. O pedido mediato situa-se no âmbito do direito material, confunde-se com a pretensão e é efetivado através do provimento determinado na sentença: o pedido imediato. Nas ações declaratórias o pedido imediato confunde-se com o pedido mediato porque a pretensão do autor esgota-se na mera declaração sobre a existência ou inexistência de uma relação jurídica.⁶⁶⁰

10.4. Da classificação das ações.

A doutrina dividiu a classificação das ações da seguinte forma:

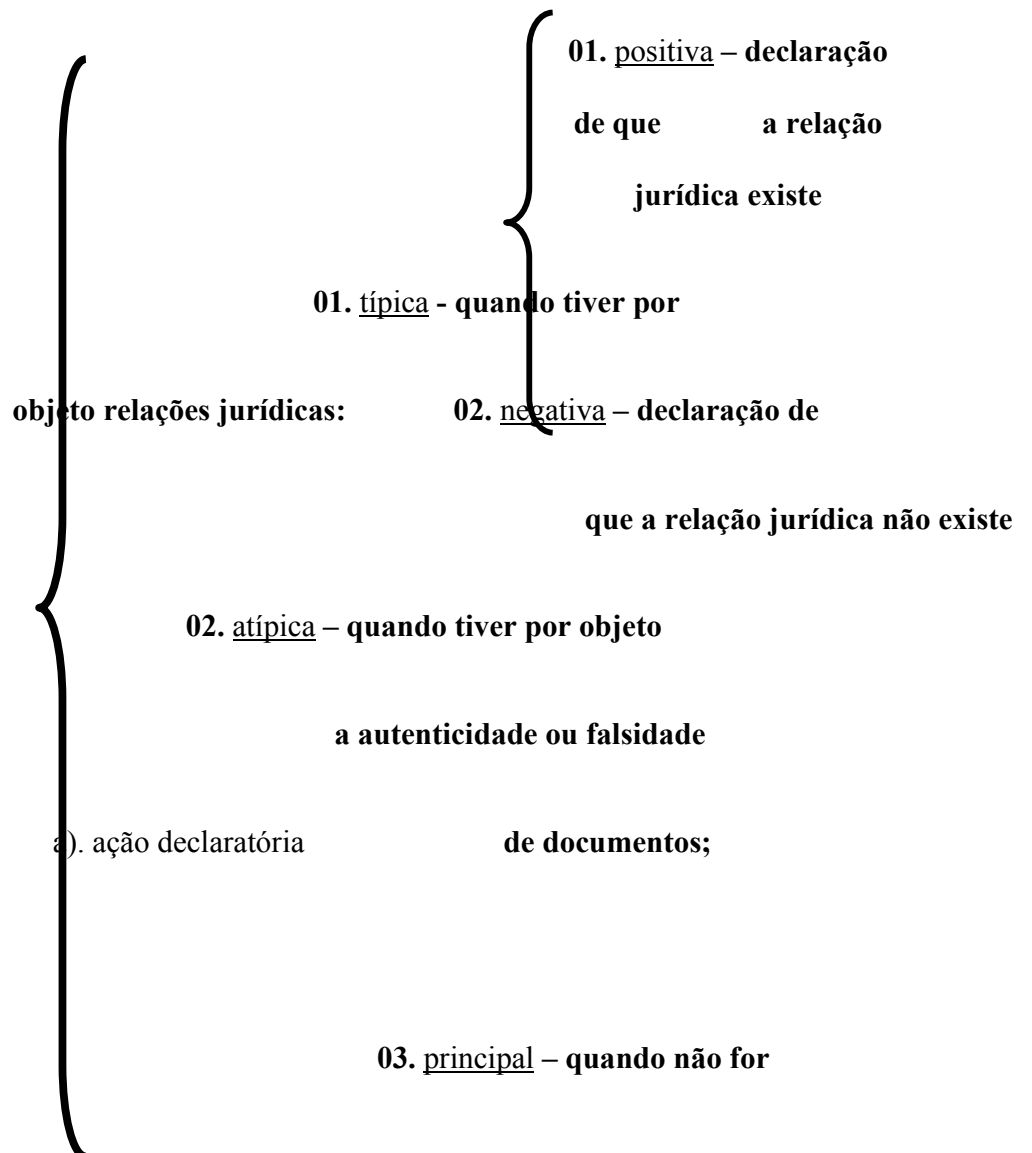


⁶⁶⁰ AMARAL SANTOS, Moacyr, op. cit. p. 163-4.

A tutela de conhecimento, que se alcança através de uma ação de conhecimento, visa *resolver a lide*, isto é, visa dirimir o conflito de interesses que ensejou a ação e o processo. Então, seja declarando se existe ou não uma relação jurídica, se determinado documento é, ou não, falso a ação declaratória irá pôr fim ao conflito de interesses (a incerteza acerca de tais coisas). A ação constitutiva tem por finalidade criar, modificar ou extinguir direitos materiais, também resolverá a lide e porá fim ao conflito de interesses. A ação condenatória, também dita ação de prestação, colima impor ao réu o cumprimento de uma prestação de dar, fazer ou não fazer. Note-se que as outras duas ações (declaratória e constitutiva) não impõem um comportamento a ser exigido em face do réu: assim, numa ação declaratória o juiz apenas se pronuncia sobre se uma relação jurídica existe ou não, numa de divórcio (desconstitutiva) o seu exaurimento ocorre com a averbação no cartório competente sobre a mudança no estado civil da parte. Já nas ações condenatórias exige-se do réu que ele cumpra o preceito sentencial. Se acaso recusar-se aí a efetivação do direito somente se verificará através da execução da sentença condenatória, que, agora se restringe à execução de quantia certa. As ações mandamentais requerem, para a efetivação do direito, que o réu cumpra o julgado. Ocorre que se ele (réu) não obedecer ao comando judicial, o autor não necessita de um outro processo (de execução) para alcançar tal fim. O que caracteriza as ações mandamentais é o fato de elas determinarem ao réu um comportamento de fazer ou não fazer auto-executável. Assim, numa ação de reintegração de posse se a sentença manda o réu desocupar um imóvel no prazo de dez dias e ele não o faz, é suficiente uma petição ao juiz da causa para que ele determine a expedição do mandado competente para levar a cabo a reintegração do autor na posse, se preciso, com o uso de força policial.

Então podemos assim classificar estas ações de conhecimento:

1. quanto à natureza do provimento jurisdicional:



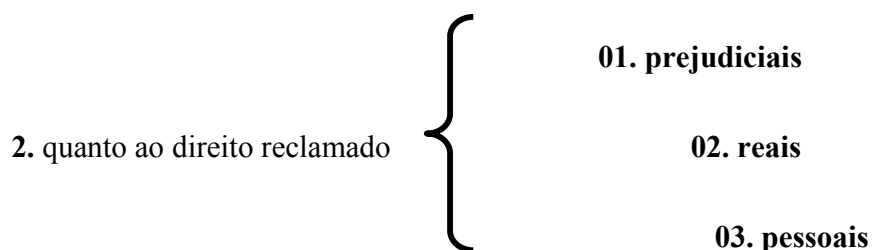
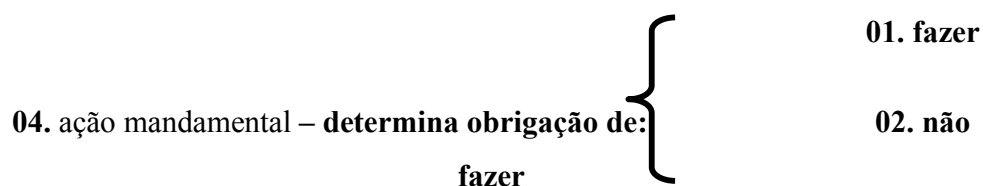
dependente e nenhum outro processo;

04. incidente – quando interposta no

curso de uma ação principal.

b). ação constitutiva – {
visa criar,
modificar ou extinguir
relações,
ou situações jurídicas

c). ação condenatória – determina uma prestação de: {
dar 01.
fazer 02.
não fazer 03.



As ações prejudiciais confundem-se, atualmente, com as ações declaratórias. No direito romano, visavam a um preceito judicial prévio que se constituía no pressuposto de uma demanda posterior. Assim, no exemplo ofertado por Moacyr Amaral Santos, inspirado em Gabriel de Rezende Filho, quem, na Antiga Roma, pretendesse acionar alguém por furto deveria, previamente, conseguir a declaração do juiz sobre a prejudicial *furto*. Com sua evolução, elas verteram-se para o ramo de família e hoje pode-se citar como exemplo de ações prejudiciais as seguintes:

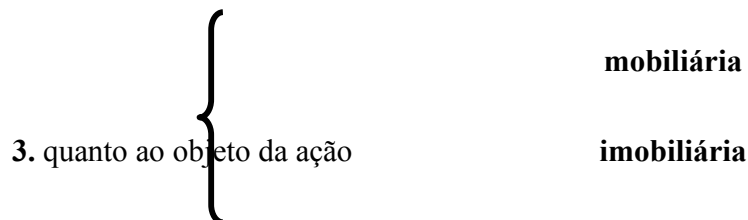
Ações prejudiciais	01. posse em nome do nascituro;
	02. emancipação;
	03. levantamento de impedimentos matrimoniais;
	04. suprimento de consentimento para casamento;
	05. separação e divórcio;
	06. anulação ou nulidade de casamento;
	07. filiação;
	08. paternidade e maternidade;
	09. pátrio poder;
	10. adoção. ⁶⁶¹

Quanto às ações fundadas em direitos reais e pessoais, Amaral Santos nos oferta a seguinte fórmula para se distinguir uma da outra, basta que se pergunte: *Cur debetur*, ou seja, *por que se deve*? Então, será pela causa que se distinguirá: se a causa for o direito real a ação será real, se for o direito pessoal a ação será pessoal. Então numa ação de despejo, pergunta-se por que se deve? E a resposta será por causa do contrato de locação. Ora, se o contrato de locação é direito pessoal, logo a ação de

⁶⁶¹ Ibidem, p. 182-3.

despejo será de natureza pessoal. Se numa ação reivindicatória o *cur debetur* é o domínio, a ação será real.⁶⁶²

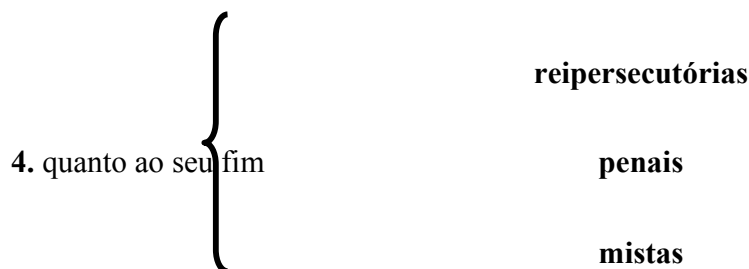
Esta classificação, *data venia*, não parece correta, pois vincula a natureza da ação a do direito material que se pretende defender. Ora, de há muito já ab-rogamos a teoria de Savigny pela qual a ação segue a natureza do direito. A ação terá sempre a mesma natureza, quer vise a defesa de direito real ou pessoal, tanto que o código de processo civil não contém qualquer expressão semelhante a: *ação real* ou pessoal. Pelo contrário, sempre menciona *ação fundada em direito real*, tal como ocorre nos artigos 94, 95, 592, 593 e 744, o mesmo acontece quando o código menciona as ações fundadas em direito pessoal (artigo 94). O novo CC, infelizmente, reproduz a atecnia do código de 1916, pois no artigo 80, I, ainda considera como imóveis as ações destinadas a garantir direitos reais sobre bens imóveis.



⁶⁶² Ibidem, p. 184-5. Na verdade a base dessa taxonomia pertence mesmo a Gabriel de Rezende Filho, que considerava a ação: "... como sinônimo de direito deduzido ou a deduzir em juízo – podem se classificadas quanto à sua natureza, ao seu objeto, à extensão de seu objeto, ao seu fim e à sua transmissibilidade. Quanto à sua natureza, as ações dividem-se em patrimoniais e não-patrimoniais. Em relação ao seu objeto, as ações são mobiliarias e imobiliárias. Quanto à extensão de seu objeto, as ações são principais, acessórias, preparatórias, preventivas e incidentes. Relativamente ao seu fim, as ações dividem-se em reipersecutórias, penais e mistas. Quanto à sua transmissibilidade, são transmissíveis e intransmissíveis. Considerada, porém, a ação em sentido próprio, isto é, como a faculdade de pedir aos órgãos jurisdicionais a aplicação da lei no caso concreto, a única classificação racional, segundo Chiovenda, é a fundada na natureza da sentença a que a ação tende. Sob este aspecto, as ações dividem-se em condenatórias ou de condenação, constitutivas e declaratórias". REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues. *Curso de direito processual civil*. 7. ed. Atualizada por AIRES, Benvindo. São Paulo: Saraiva, 1962, p. 161. 1 v.

A fórmula agora sugerida pelo mesmo autor é indagar: *An quid debetur*, ou seja, o que se deve? Se a resposta for: um imóvel, a ação será imobiliária, se for um móvel, será mobiliária.⁶⁶³ Tudo o que foi dito sobre a classificação anterior aplica-se a esta, pois sendo a ação um direito, portanto, abstrata, não há como se vislumbrar uma ação *imóvel* ou *móvel*. Pelo que esta taxonomia deve ser vista com estas restrições e entendida no sentido de que quando se utiliza a expressão *ação imóvel* ou *móvel*, o que se está a designar é, apenas, o objeto da ação. Explicado isto, as ações podem ser, ao mesmo tempo, fundadas em direitos reais e mobiliárias ou imobiliárias, ou fundadas em direitos pessoais e imobiliárias ou mobiliárias. Uma ação de despejo é fundada em direito pessoal e imobiliária, pois a causa pela qual se deve é um contrato (direito pessoal) e o objeto que se deve é um imóvel.

Mas devemos acrescentar que o artigo 292 do CPC, em relação ao processo de conhecimento permite que se cumule pedidos (entenda-se ações) e se tais pedidos ou ações atenderem aos requisitos legais é possível que tenhamos ações baseadas em direitos reais e pessoais, mobiliárias e imobiliárias, todas reunidas num mesmo processo, numa mesma e única relação jurídica processual. Também no processo de execução é possível haver cumulação de ações executivas, pois assim o permite o artigo 573 do CPC.



⁶⁶³ Ibidem, p. 185.

Reipersecutórias são as ações pelas quais se pede o que pertence à parte autora e que se encontra fora de seu patrimônio, coincidem com as condenatórias. Penais são as que impõem penas contratuais. Um exemplo de ação mista é a de sonegação em face do inventariante ou herdeiro que sonegou bens do inventário e partilha, onde se postula que sejam devolvidos, ou o correspondente ao seu valor, sem prejuízo das cominações legais.⁶⁶⁴

10.05. Concurso e cumulação de ações:

no processo de conhecimento e no de execução; objetiva e subjetiva.

A problemática acerca deste tema inicia-se com a ambigüidade da palavra *concurso*. Ora ela designa ajuntamento de coisas ou pessoas, é o mesmo que encontro. Ora designa certame, concorrência. Em nível jurídico também isso se dá: significa o ajuntamento de ações num mesmo processo; e também as várias possibilidades de escolha sobre as ações de que dispõe o autor para dirimir um único conflito. Há ainda quem perceba três institutos: concurso de ações, cumulação de ações e litisconsórcio.

1- *concurso de ações* – significa que uma única lide pode ser dirimida de mais de uma forma, de uma ação. A opção por uma dessas ações, geralmente, significa a renúncia às demais, como se dá na maioria das vezes. Como exemplo pode-se invocar o caso dos vícios redibitórios: onde o adquirente pode, uma vez constatado o defeito oculto ou um vício que torne a coisa imprópria para o consumo, optar entre redibir o contrato ou reclamar o abatimento do preço. Aqui, escolhida uma via, haverá a

⁶⁶⁴ Ibidem, p. 185.

renúncia da outra. Isto ocorre porque a sentença do juiz que julgar o mérito (a lide) produz coisa julgada material, proibindo a repetição de uma ação que já tenha sido decidida em seu mérito. Mas existem casos em que a eleição de uma via não impede a rediscussão da causa em outra ação, ainda que a primeira tenha sido extinta com julgamento do mérito. É o que ocorre com o mandado de segurança, que de acordo com a Lei 1.533/51, em seu artigo 15, admite que: *A decisão do mandado de segurança não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais.*

2- *cumulação de ações* – é a possibilidade de o autor cumular, ajuntar, num mesmo processo, dois ou mais pedidos. O autor pode, exemplificativamente, acionar o réu para postular contra ele sua condenação ao pagamento de danos materiais e morais, desde que oriundos do mesmo fato (o que é permitido pelo STJ, em entendimento já sumulado). A cumulação de ações orienta-se pelo princípio da economia processual. Este tema encontra na doutrina uma classificação não uniforme. Para uns pode ser simples e condicional. Para outros pode ser simples, sucessiva e eventual. Por cumulação *simples* entende-se a junção de vários pedidos totalmente independentes uns dos outros. Isso é permitido pelo artigo 292 do CPC, ainda que entre os pedidos não haja conexão, ou seja, ainda que entre as ações (pedidos) não haja identidade entre o objeto ou a causa. Cumulação sucessiva ocorre quando a decisão do segundo pedido depende da acolhida do primeiro.⁶⁶⁵ Cumulação eventual verifica-se quando os pedidos posteriores podem ser examinados ainda que os antecedentes sejam negados. É o que prevê o artigo 289: *É lícito formular mais de um pedido em ordem sucessiva, a fim de que o juiz conheça do posterior, em não podendo acolher o anterior.* Como exemplo podemos

⁶⁶⁵ Amaral Santos refere-se ao caso da ação de filiação cumulada com petição de herança. De fato, deve-se concordar que se o primeiro pedido for julgado improcedente, for rejeitado, o segundo restará prejudicado, pois não há que se falar em petição de herança em face de quem não direito à herança. Ibidem.

invocar o caso da ação *ex empto* – que visa complementar a área faltante – com o pedido de abatimento do preço.⁶⁶⁶

A cumulação de ações exige alguns requisitos. Para o processo de conhecimento temos os §§ 1º e 2º do artigo 292 do CPC: § 1º - *São requisitos de admissibilidade da cumulação: I - que os pedidos sejam compatíveis entre si; II - que seja competente para conhecer deles o mesmo juízo; III - que seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento.* § 2º - *Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, admitir-se-á a cumulação, se o autor empregar o procedimento ordinário.*

Para o processo de execução os requisitos não são os mesmos. No processo de conhecimento é possível que os pedidos não tenham os mesmos procedimentos, caso em que o autor, para cumular, deve optar pelo procedimento ordinário, o mesmo não acontece com o processo de execução, pois aqui a identidade de procedimentos é indispensável não se podendo cumular execuções de procedimentos diferentes. Assim, não é possível cumular-se execução de fazer com execução para entrega de coisa certa. Argumenta-se que na execução o artigo 573 não permite cumulação de autores exeqüentes em litisconsórcio, mas parece claro que se mais de um credor constar do mesmo título executivo não há nada a impedir o litisconsórcio. Pois bem, o litisconsórcio não é vedado na execução, mas a coligação subjetiva – ativa e passiva – o é. Os requisitos da cumulação de execuções estão no artigo 573: *É lícito ao credor, sendo o mesmo o devedor, cumular várias execuções, ainda que fundadas em títulos diferentes, desde que para todas elas seja competente o juiz e idêntica a forma do processo.*

Ora, a súmula 27 do STJ diz: *pode a execução fundar-se em mais de um título extrajudicial, relativo ao mesmo negócio.* Não há óbice quanto à cumulação subjetiva dê que os exeqüentes – ativos ou passivos – constem do título executando, noutro sentido, entretanto, o que não se permite é a coligação de pessoas estranhas ao título. Sendo certo que o

⁶⁶⁶ Ibidem, p. 185 e segs.

equivoco no cúmulo subjetivo na execução decorrente de título judicial enseja a possibilidade de embargos do devedor com base no artigo 741, IV.⁶⁶⁷

Quanto ao momento da cumulação de ações no processo de conhecimento, temos a regra de que após a citação do réu não mais poderá o autor alterar o pedido ou a causa de pedir sem o consentimento deste (artigo 264).⁶⁶⁸ Então, a cumulação de pedidos pode ter momentos distintos a depender da concordância do réu. Esta será dispensável apenas se ainda não tiver havido o ato citatório. Se a citação já tiver ocorrido somente poderá haver cumulação se o réu consentir. Mas se o processo já tiver sido saneado, nem mesmo que o réu consinta poderá o autor cumular pedidos.

3- do litisconsórcio – trata-se de um instituto que ora permite vários litigantes atuarem num mesmo lado da relação jurídica processual, quando os seus pedidos ou ações forem conexos, caso em que é denominado de facultativo; e ora os obriga a isso, caso em que é chamado de necessário.

Considerando, porém, a importância do tema ele será desenvolvido oportunamente em capítulo próprio.

* * *

⁶⁶⁷ Interpretando o artigo 573, Araken de Assis argumenta: “Em diversas situações práticas, realmente, ao autor parecerá cômodo e útil cumular ações executórias no mesmo processo. Exemplos: a) um único credor pode ter vários títulos, representando o mesmo ou diferentes créditos, nos quais figura o mesmo obrigado; b) dois ou mais sujeitos podem ser credores de um ou mais devedores. Ora, a simples pluralidade de partes, ocorrente neste última hipótese, flui da admissibilidade do litisconsórcio na execução (...) Reclama o art. 573, considerando a hipótese de um credor exhibir títulos diferentes, que, em todos eles, os sujeitos da relação creditícia sejam os mesmos. Por conseguinte o dispositivo veda a coligação ativa ou passiva, mas não exclui que haja multiplicidade subjetiva nesses pólos, ou seja, que uma ou mais pessoas sejam titulares do mesmo crédito ou obrigados pela mesma dívida”. ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 275-7.

⁶⁶⁸ Que, aliás, no parágrafo único, acrescenta: *A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo.*

CAPÍTULO 08

SUJEITOS PROCESSUAIS I

(DAS PARTES)

1. Capacidade de ser parte: extinção. Validade dos atos praticados após a morte.

Não se deve confundir a capacidade de ser parte, que se refere à possibilidade de alguém vir a ser sujeito de uma relação processual, com a legitimação para agir – *legitimidade ad causam* –, que é a titularidade da pretensão de direito material envolvida na lide. Toda pessoa é capaz de ser parte. A capacidade de ser parte é pressuposto pré-processual, porque concerne à pretensão, à tutela jurídica. Extinção da capacidade de ser parte dá-se com a morte para a pessoa física, ou com a perda da capacidade da entidade criada pelo homem. Quanto à validade dos atos processuais praticados depois da morte da parte. O CPCB é omissivo em relação a isso, mas o § 86 da ZPO diz que o poder outorgado ao mandatário não se extingue somente pelo evento morte do mandante. Necessário, porém, que o outorgado ao praticar atos processuais em nome do outorgante não tenha ciência da morte. Se o juiz tinha ciência da morte de uma das partes e ainda assim, não determinou a suspensão do processo,

isso é motivo para embasamento de ação rescisória. Todavia, os herdeiros e sucessores podem ratificar o ato assim praticado tornando-o eficaz.⁶⁶⁹

2. Parte em sentido formal e material: o problema da legitimação anômala, extraordinária, ordinária e concorrente.

No capítulo 07 estudamos o conceito de parte. Agora vamos enfrentar alguns problemas não analisados. O primeiro deles cinge-se ao conceito de parte em sentido formal. Neste caso a parte não possui pretensão própria a ser deduzida em juízo. Em sentido material, porém, há uma coincidência entre o sujeito da lide e o do processo. Ali, o sujeito processual age em nome próprio na defesa de direito alheio, é substituto processual. Aqui, ele age em nome próprio na defesa de direito próprio. Daí resulta o problema da legitimação ordinária e extraordinária. O artigo 6º do CPC diz: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio salvo quando autorizado por lei”. Fala-se, pois, em legitimação ordinária - para esta última hipótese - e em legitimação extraordinária - para a anterior.

A expressão *legitimação anômala* é adotada por Kohler para designar o fenômeno da substituição processual. São exemplos: a atuação do MP, artigo 81 do CPC; atuação dos parentes para anulação do casamento; das associações para agirem na defesa de direito de seus associados, artigo 5º, inciso XXI da CF. Pontes de Miranda prefere a expressão *legitimação anômala* em detrimento de *substituição processual*, pois na verdade com este fenômeno não ocorre substituição. Esta denominação foi introduzida por Chiovenda, mas revela ambiência

⁶⁶⁹ MIRANDA, Pontes. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 222.

privatística do processo civil, pois o que interessa para o processo é que se considere parte quem integra a relação jurídica processual na condição de sujeito ativo e passivo.⁶⁷⁰ Porém, o uso constante e já sedimentado na nossa prática forense demonstra a opção pela expressão substituto processual. Outra, é a situação designada pela dição *legitimação concorrente*. Esta se verifica quando o direito pertence a várias pessoas, mas a lei não exige a presença de todas no processo para defendê-lo, exs: o credor solidário; o condômino que pode reivindicar o bem pertencente a todo o condomínio, artigo.⁶⁷¹ Quem não tem ação de direito material não tem ação de direito processual, salvo nos casos de legitimação extraordinária, ou anômala, isto é, por substituição processual.⁶⁷²

3. Capacidade de estar em juízo e faculdade de incoar.

O artigo 7º do CPC dispõe que *“Toda pessoa que se acha no exercício de seus direitos tem capacidade para estar em juízo”*. Esta espécie de capacidade pertence ao direito processual, diferentemente da de ser parte, que é pré-processual. Esta capacidade é subdividida em: *plena*, quando o sujeito processual for totalmente capaz, ou seja, maior de dezoito anos e no gozo de suas faculdades mentais, podendo expressar lucidamente a sua vontade; *semiplena*, quando o sujeito processual for relativamente incapaz, isto é, menor entre dezesseis e dezoito anos – aqui haverá necessidade de assistência pelo representante legal respectivo; *inexistente*, por sua vez, ocorrerá quando o sujeito for menor de dezesseis anos, ou louco, demente, oligofrênico, surdo-mudo que não saiba expressar a sua vontade.

⁶⁷⁰ Neste sentido veja-se Pontes de Miranda, para quem: *“Os processualistas italianos vulgarizaram o nome com esse evidente prejuízo”*. MIRANDA, Pontes. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 220.

⁶⁷¹ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. I. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 66.

⁶⁷² MIRANDA, Pontes, op. cit. p. 222-3.

Já a faculdade de incoar no processo deriva do princípio da incoação, que permite a impulsão processual por ato das partes e que se constitui numa derivação do princípio do dispositivo vertido não mais para dar início ao processo, mas para dar-lhe fluência. Não há que se confundir o princípio da incoação com o do impulso oficial, pelo qual a fluência processual decorre de iniciativa do juiz.⁶⁷³ A faculdade de incoação não pertence necessariamente a quem possui capacidade de estar em juízo, pois quem não é advogado, procurador, ou representante do Ministério Público pode ter legitimidade para o processo se for pessoa capaz, mas, mesmo assim, não terá faculdade de incoar, posto que esta é restrita aos representantes postulacionais da parte.⁶⁷⁴ Certo que nos processos nos quais a própria parte pode postular prescindindo de advogado, nesse caso também terá capacidade para incoar.

3.1 Atos praticados por incapazes e atos praticados por pessoa proibida de incoar no processo.

Os atos praticados por quem é proibido de incoar são ineficazes, já que a pessoa nessa condição é processualmente capaz, ex: o falido tem capacidade processual, todavia, em relação aos bens da massa falida, não

⁶⁷³ *"Princípio de incoação ou impulsão do processo pelas partes, de origem francesa, que é o princípio dispositivo levado à fluência do processo, em oposição à incoação ou impulsão de ofício".*
MAGALHÃES, Humberto Piragibe e MALTA Christovão Piragibe Tostes. *Dicionário jurídico*.
7. ed. São Paulo: Edições Trabalhistas.

⁶⁷⁴ MIRANDA, Pontes, op. cit. p. 247.

possui faculdade de incoação processual. Veja-se que o ato processual aqui é válido, mas não é eficaz.⁶⁷⁵

3.2. Faculdade de incoação – pressuposto processual ou condição da ação?

Para Pontes de Miranda nas espécies processuais no âmbito do direito de família será pressuposto processual, eis que nesses casos é comum as possibilidades de substituição processual. Já nos demais, será condição da ação adstrita à legitimidade *ad causam*, pois é esta condição da ação que enseja a faculdade de incoação.⁶⁷⁶

4. A atuação dos incapazes no processo: representação, assistência, tutela e curatela.

Segundo o artigo 8º do CPC: “Os incapazes serão representados ou assistidos por seus pais, tutores e curadores, na forma da lei civil”. O menor de 16 anos, por ser absolutamente incapaz, requer a sua representação. Já o menor entre 16 e 18 anos, por ser relativamente incapaz, exige apenas a figura da assistência. Mas para que haja representação e assistência é necessário constatar-se se os menores estão, ou não, sob o pátrio poder, pois

⁶⁷⁵ “Se o marido litigou com infração de regra jurídica, ou se o fez a mulher, o ato processual é incapaz. Em todos os casos o ato processual é válido mas ineficaz, se apenas falta faculdade de incoação”. Ibidem, p. 248.

⁶⁷⁶ “Se falido pleiteia a respeito de bens da massa falida, pleiteia sem faculdade de incoação processual, sem legitimação *ad causam*. Se o herdeiro, havendo inventariante não dativo, demanda em ações que só seriam incoáveis pelo inventariante, demanda sem faculdade de incoação processual, sem legitimação *ad causam*”. Ibidem, p. 248-9.

nesse caso tal ônus deve recair sob os pais. A tutela verifica-se em caso de falecimento ou ausência dos pais, ou quando estes decaem do pátrio poder. Aqui, os incapazes serão representados ou assistidos pelo tutor. A curatela presta-se para hipóteses de loucura, ou defeito de ordem mental que inabilite a pessoa a estar em juízo, ex: surdos-mudos. E como a curatela pode ser total ou parcial, na última hipótese o curatelado não será representado, mas assistido.⁶⁷⁷

4.1. Tutela, curatela e autorização judicial para demandar: os poderes processuais do curador à lide.

Quando houver tutela, o tutor, para demandar, terá de requerer ao juiz autorização para propor ação ou para contestar, artigo.⁶⁷⁸ Veja-se que apesar de o artigo supra referir-se à tutela o próprio código civil ressalva que tais disposições aplicam-se à curatela. Entende-se, entretanto, suprida a autorização se o juiz receber a inicial ou a contestação, dès que tal juiz seja o competente para deferir a autorização.⁶⁷⁹ Para preservar os interesses do incapaz em juízo o CPC determinou que o juiz nomeasse curador especial: ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele, ao réu preso e ao revel citado por edital ou hora certa (artigo 9º).

Admitidas estas modalidades de citação (edital ou hora certa) na ação de execução, também nesta espécie deve-se proceder com a nomeação

⁶⁷⁷ Ibidem, p. 250-54.

⁶⁷⁸ Que, referindo-se aos deveres do tutor, (artigo 427 do CC), diz: *Compete-lhe também, com autorização do juiz: (...) Inciso - VII - Propor em juízo as ações e promover todas as diligências a bem do menor, assim como defendê-lo nos pleitos contra ele movidos, segundo o disposto no art.84.*

⁶⁷⁹ BARBI, Celso, op. cit. p. 71.

de curador.⁶⁸⁰ Mesmo que na execução não haja revelia a nomeação do curador é necessária porque a falta de interposição dos embargos a ela se equipara.⁶⁸¹ Além disso, também se deve nomear curador especial: ao citando demente (art. 218 §§ 2º e 3º), ao incapaz e ao ausente, no inventário e no arrolamento (art. 1.042), e ao interditando (art. 1.179). O direito deve preservar a proteção processual do incapaz, ainda que ele não tenha sido declarado como tal, dessa forma a jurisprudência já assentou que se o juiz verificar que a parte é incapaz, mesmo que não tenha ainda sido interditado, deve dar curador à lide (RTFR 122/20). Nas ações de nulidade ou de anulação de casamento há necessidade de nomeação curador ao vínculo. O curador à lide possui plenos poderes processuais para, em nome do representado, manejar todos os recursos cabíveis ao caso, bem como para propor ações autônomas visando a preservar o interesse do incapaz (RSTJ 46/521).⁶⁸² A intimação do curador especial, sendo a função exercida por defensor público ou por quem faça suas vezes, deve ser pessoal e acarretará a contagem dos prazos processuais em dobro.⁶⁸³

Quanto à necessidade de o curador apresentar defesa convincente, o estudo da jurisprudência demonstra que há acórdãos em sentidos contrapostos. O entendimento mais condizente com a atual vertente (socializante e publicista), que orienta o direito processual civil, é aquela que está a exigir a defesa elaborada com todos os meios de convencimento

⁶⁸⁰ Note-se que o artigo 222 do código de processo civil excluiu a modalidade de citação *por carta* do correio do processo de execução.

⁶⁸¹ BARBI, Celso, op. cit. p. 74.

⁶⁸² NEGRÃO, Theotonio, op. cit. em notas ao artigo 9º

⁶⁸³ Neste sentido vejamos o seguinte aresto do STJ: Recurso Especial Nº 39.299-3 – SP (Registro nº 93.0027203-9) Relator: O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz. Ementa: “*Processual Civil. Assistência judiciária. Defensor Público. Intimação e prazos. Na conformidade do art. 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/50, com a nova redação da Lei nº 7.871, de 08.11.89, o Defensor Público, ou quem no Estado exerça cargo equivalente, deverá ser intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as instâncias, contando-se-lhes em dobro todos os prazos. Recurso conhecido em parte e em parte provido*”. www.stj.gov.br.

possíveis acerca do possível direito do incapaz, pois, só assim, cumpre-se a função social do processo.⁶⁸⁴

Para ser curador especial não há necessidade de que a pessoa a exercer o encargo seja advogado. Certo é que a nomeação para atuação em determinado processo não significa que a pessoa nomeada seja curador definitivo do incapaz, pois o juiz somente dará curador definitivo se também for competente para fazê-lo, caso contrário o curador terá função restrita ao processo. Quanto ao direito à remuneração do curador especial, não resta dúvida que ele faz jus a tal contrapartida, há, porém, dúvida quanto ao momento em que se deve efetuar o pagamento da dita remuneração. Tudo isso decorre da interpretação do artigo 19 do CPC, que determina claramente que as partes *antecipem* as despesas dos atos que requererem ou realizarem no processo. A lei parece clara quanto à necessidade de realmente o pagamento ser adiantado, inclusive quando a parte for a Fazenda ou Ministério Público, mesmo a despeito da regra do artigo 27, por quebrar o princípio da isonomia processual.⁶⁸⁵

5. Representação e apresentação em juízo.

A expressão “*representação*”, tecnicamente falando, refere-se à presença processual de alguém (capaz) que age em nome de outra pessoa (incapaz). Mas o artigo 12 do CPC utilizou-a, também, para qualificar situações nas quais inexistente qualquer incapacidade do ente *presentado*. A

⁶⁸⁴ "Não há nulidade na ausência de expressa contestação do curador à lide, nomeado ao réu, pois não se trata de atividade estreitamente demarcada e sim de atividade livre, atuando o nomeado como entender em sua consciência", (RT 419/160). Mas em sentido oposto temos: "O curador à lide deve obrigatoriamente oferecer contestação (RF 322/249), sendo nulo o processo se concorda com a pretensão deduzida pelo autor", (RT 663/84). NEGRÃO, Theotonio. op. cit. em notas ao artigo 9º.

⁶⁸⁵ Artigo 27: Art. 27 - As despesas dos atos processuais, efetuados a requerimento do Ministério Público ou da Fazenda Pública, serão pagas a final pelo vencido.

pessoa jurídica, por exemplo, não é incapaz e, no entanto, o inciso VI do dito dispositivo diz que ela será *representada* em juízo, ativa e passivamente, pelas pessoas designadas pelos seus respectivos estatutos. Ora, se a pessoa jurídica não é incapaz, se, na verdade, é produto de mera ficção legal mas com capacidade para os atos da vida civil, as pessoas designadas pelos seus estatutos não a representam, mas a “presentam”. Tais pessoas personificam o ente que tem apenas existência jurídica.⁶⁸⁶ Isso se aplica às demais entidades ali mencionadas, isso denuncia uma atecnia do código que deveria restringir a figura da representação para os casos de incapacidade.

Mas este problema não é exclusivo do processo civil brasileiro, o art. 75 do CPC italiano, por exemplo, utiliza a expressão *representação* quando se refere às pessoas jurídicas, mas é preciso não esquecer que o nosso, quando trata das associações e entes despersonalizados, preferiu usar a expressão *estar em juízo* em vez de “representação”.⁶⁸⁷ Já o código de procedimento civil da Suíça (Cantão de Genebra) diz que para propor ou contestar uma demanda é preciso que a pessoa esteja no gozo de seus direitos civis, e as que assim não se encontrarem devem ser *representadas*, assistidas ou autorizadas. O código suíço, tal qual o da Itália, fala em representação, assistência e *autorização* quando trata do problema da incapacidade das pessoas naturais.⁶⁸⁸

⁶⁸⁶ MIRANDA, Pontes, op. cit. p. 288-90.

⁶⁸⁷ Vejamos: “*Capacità processuale – sono capaci di stare in giudizio le persone che hanno il libero esercizio dei diritti che vi si fanno valere. Le persone che non hanno il libero esercizio dei diritti non possono stare in giudizio se non rappresentate, assistite o autorizzate secondo le norme che regolano la loro capacità. Le persone giuridiche stanno in giudizio per mezzo di chi le **rappresenta** a norma de la legge o dello statuto. Le associazioni e i comitati, che non sono persone giuridiche, stanno in giudizio per mezzo delle persone indicate negli articoli 36 e seguenti del Codice civile*”. IACOBELIS, Marcelo. *Codice di procedura civile*. Napoli: Esselibri – Simone, 1998, p. 60

⁶⁸⁸ Eis o conteúdo do art. 3 da lei de procedimento civil suíça: “*Pour former une demande en justice, ou pour y défendre, il faut avoir l'exercice de ses droits civils. Les personnes qui n'ont pas l'exercice de leurs droits civils doivent être représentées, assistées ou autorisées en justice, de la manière fixée par les lois qui règlent leur état ou leur organisation*”. BERTOSA, Bernard, GAILLARD, Louis e GUYET, Jacques. *Commentaire de la loi de procédure civile du canton de Genève du 10 avril 1987*. Genebra: Georg Editeur, 1988. Esta obra não possui numeração de páginas, as matérias são dispostas em conformidade com os artigos.

Dentre as hipóteses enumeradas pelo artigo 12 do CPC um problema em particular requer atenção especial: o do espólio.⁶⁸⁹

5.1. O problema do espólio: citação de todos os herdeiros.

Espólio é o conjunto de bens deixados pelo *de cujus* após a sua morte, enquanto não distribuídos aos seus herdeiros e sucessores. Esta demarcação é deveras importante porque, consoante o artigo 597 do CPC, o espólio só responde pelas dívidas do falecido até a partilha, a partir daí cada um responderá na proporção do quinhão herdado.⁶⁹⁰ Pois bem, sendo o espólio (re)presentado pelo inventariante, parte, em sentido material, é ele mesmo (espólio), que como visto acima responde pelas dívidas do falecido até que seja feita a partilha. Mas quando o inventariante for dativo, isto é, pessoa estranha à herança, a lei exigiu que, nesse caso, além do inventariante também os herdeiros devam ser citados, posto que são parte na causa (autores ou réus).⁶⁹¹ Há discórdia na doutrina em relação a este tema. Temos, por exemplo, os posicionamentos dissonantes de Pontes de Miranda,

⁶⁸⁹ A bem da precisão técnica, o então ministro Athos Gusmão Carneiro já relatou aresto no Superior Tribunal de Justiça fazendo o uso correto da expressão **apresentação** para designar a presença em juízo de um ente despersonalizado, vejamos: (RIP:00000913 DECISÃO:25.06.1991) Processo:Resp Num:0007482 ANO:91 UF:SP turma:04 - recurso especial - fonte: DJ - data:12.08.1991 - pg:10558. Ementa: “*Usucapião. Ajuizamento da ação por espólio. Possibilidade. A ação de usucapião pode ser ajuizada pelo espólio do possuidor, **presentado** por inventariante não dativo. Como parte formal, o espólio está em juízo pela comunidade dos herdeiros, possuidores nos termos do artigo 1572 do código civil. Recurso especial conhecido e provido*”. INFORMA – Prolink Softwares. Sem negrito no original.

⁶⁹⁰ Art. 597: *O espólio responde pelas dívidas do falecido; mas, feita a partilha, cada herdeiro responde por elas na proporção da parte que na herança lhe coube.*

⁶⁹¹ É o que diz o § 1º do artigo 12 do CPC: *Quando o inventariante for dativo, todos os herdeiros e sucessores do falecido serão autores ou réus nas ações em que o espólio for parte.*

admitindo o litisconsórcio entre herdeiros e espólio, quando o inventariante for dativo, e o de Celso Barbi, recusando-o.⁶⁹²

A opinião de Pontes de Miranda é mais conforme a dogmática do código não havendo nada que impeça a reunião entre herdeiros e espólio em litisconsórcio (necessário, por força de lei). Aliás, a jurisprudência exige a necessidade de citação dos herdeiros quando uma tal situação acontece.⁶⁹³ E depois, é da tradição de nosso processo civil conceber a litisconsorciação entre herdeiro e espólio, tanto que o Parágrafo único do artigo 88 do código de processo civil de 1939 dizia: *O herdeiro poderá intervir como litisconsorte nas ações em que a herança fôr autora ou ré.*

5.2. Situação processual do inventariante: parte ou presentante da parte?

Apesar de parecer claro que quem é parte nos processos em que figura o espólio é o próprio espólio, alguns arestos admitem que o inventariante seja, ele mesmo, parte, vejamos: “O inventariante é parte legítima para contestar ação movida contra o espólio. Espólio não é pessoa mas ente não personificado”.⁶⁹⁴ No mesmo sentido: “A inventariante é parte

⁶⁹² Diz Celso Agrícola Barbi ao comentar o § 1º do artigo 12 do CPC: “Essa redação tem vários defeitos, porque se os herdeiros e sucessores forem parte, o espólio não pode, no mesmo processo, ser parte. É juridicamente impossível que o espólio e os herdeiros sejam simultaneamente autores, ou simultaneamente réus”. BARBI, Celso, op. cit. p. 86. *Data venia*, este entendimento não parece correto, aliás, por que não poderia haver o litisconsórcio? Não há óbice algum, tanto que Pontes de Miranda afirma: “Qualquer herdeiro é comuneiro nos interesses hereditários, quer ativos quer passivos. A solução adotada (arts 46 e 49) foi a de se reconhecer a relação de litisconsórcio, ativo ou passivo, que se estabelece, permitindo-se, por exemplo, a intervenção do herdeiro, como litisconsorte, nas ações em que a herança fôr autora ou ré, ou assumir posição de interessado”. MIRANDA, Pontes, op. p. 300.

⁶⁹³ “Falecendo o inventariante legítimo e nomeado, em seu lugar, inventariante dativo, os herdeiros devem ser citados para intervir no feito como autores ou réus”. (RTJE 134/151). NEGRÃO, Theotonio, op. cit. em nota ao § 1º do artigo 12 do CPC.

⁶⁹⁴ Ac. Unân. Da 4ª Câm. Do 1º TACivSP; JTACiv SP, 102/146). Extraído de DE PAULA, Alexandre. *Código de processo civil anotado*. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 108.

legítima ativa para representar o espólio enquanto não terminado o inventário e partilhados os bens".⁶⁹⁵

Esta construção pretoriana, *data venia*, é totalmente equivocada posto que confunde a legitimidade para a causa com a legitimidade para o processo e com a capacidade de ser parte. O que ora se afirma pode ser constatado, também, pela jurisprudência: TACCiv-SP. MG 397.1.530. Ementa: "*Assistência - ação em que figura o espólio como parte - intervenção de herdeiro – admissibilidade. Na ação em que o espólio, representado pelo inventariante é parte, tem o herdeiro legitimidade para intervir na qualidade de assistente litisconsorcial.*"⁶⁹⁶ Como bem se vê o inventariante não é parte, mas, como diz o inciso V do artigo 12 do código de processo civil, parte é o espólio. Não age em nome próprio na defesa de direito próprio (parte em sentido material), nem age em nome próprio na defesa de direito alheio (parte em sentido formal). O inventariante age em nome do espólio na defesa de direitos do espólio ou dos herdeiros ou legatários. Quando muito os herdeiros podem ser parte na condição de litisconsorte, se o inventariante for dativo (§1º do artigo 12).

6. Incapacidade processual e irregularidade de representação.

A sanção da incapacidade processual no direito comparado.

O CPC cuida da incapacidade processual pelo o artigo 13,⁶⁹⁷ conferindo ao juiz poder para conceder prazo razoável para que a parte sane o problema, sob pena de se

⁶⁹⁵ Ac. Unân. Da 1ª Turma do TJMS. RJTJMS 48/79. DE PAULA, Alexandre. *Código de processo civil anotado*. Vol. I p. 108.

⁶⁹⁶ Aresto extraído de Prolink Softwares – *Informa Jurídico*.

⁶⁹⁷ Artigo 13: "*Verificando a incapacidade processual ou a irregularidade de representação das partes, o juiz, suspendendo o processo, marcará prazo razoável para ser sanado o defeito. Não sendo cumprido o despacho dentro do prazo, se a providência couber: ao autor, o juiz decretará a nulidade do processo; ao réu, reputar-se-á revel; ao terceiro, será excluído do processo*".

verificar uma das condições aventadas no dito artigo (vide nota supra). O CPC português determina que a sanção da incapacidade deve ocorrer mediante a intervenção no feito do representante legal ou do curador do incapaz, que tem poderes para ratificar os atos praticados de modo a permitir o andamento do processo desde o estado em que se encontrava, mas não ratificando os atos os mesmos devem ser refeitos.⁶⁹⁸

Em casos como este o nosso direito anterior (artigo 110 do CPC de 1939) ventilava a figura da *caução de rato*, pela qual o advogado que postulasse sem instrumento de mandato devia obrigar-se a apresentar caução de concordância com o que fosse decidido pelo juiz, bem como a exhibir a procuração no prazo fixado pelo magistrado.⁶⁹⁹ A caução de rato foi suprimida do processo civil brasileiro e hoje a situação é regida pelo artigo 37 do CPC, que, porém, mantém a exigência da ratificação dos atos praticados pelo advogado sem instrumento de mandato sob pena de serem considerados como inexistentes.⁷⁰⁰ O processo civil continua a admitir a propositura de ação sem a respectiva procuração, mas quando o assunto é a interposição de recursos, o STJ considera como inexistente o recurso interposto sem procuração, nos termos da súmula 115: “*Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos*”. Aliás, esse entendimento não é

⁶⁹⁸ Vejamos o inteiro teor do código de Portugal: O art. 23º do CPCP: “**Suprimento da incapacidade judiciária e da irregularidade de representação.** 1. A incapacidade judiciária e a irregularidade de representação são sanadas mediante a intervenção ou citação do representante legítimo ou do curador do incapaz. 2- Se estes ratificarem os actos anteriormente praticados, o processo segue como se o vício não existisse; no caso contrário, fica sem efeito todo o processado posterior ao momento em que a falta se deu ou a irregularidade foi cometida, correndo novamente os prazos para a prática dos actos não ratificados, que podem ser renovados. 3- Se a irregularidade verificada consistir na preterição de algum dos pais, tem-se como ratificado o processado anterior, quando o preterido, devidamente notificado, nada disser dentro do prazo fixado; havendo desacordo dos pais acerca da repetição da acção ou da renovação dos actos, é aplicável o disposto no art 12º. 4- Sendo o incapaz autor e tendo o processo sido anulado desde o início, se o prazo de prescrição ou caducidade tiver, entretanto, terminado, ou terminar nos dois meses imediatos à anulação, não se considera completada a prescrição ou caducidade antes de findarem estes dois meses”. NETO, Abílio. Código de processo civil anotado. 14. ed. Lisboa: Ediforum, 1997, p. 68.

⁶⁹⁹ Artigo 110 do CPC de 1939: “Sem a apresentação do instrumento de mandato, ninguém será admitido em juízo para tratar de causa em nome de outrem, salvo, em caso de urgência, quem se obrigue, mediante caução, a concordar com o que fôr julgado e a exhibir procuração regular dentro em prazo fixado pelo juiz. Parágrafo único. Os atos praticados ad referendum serão havidos como inexistentes, se a ratificação não se realizar no prazo fixado pelo juiz”.

⁷⁰⁰ Artigo 37 do CPC: Sem instrumento de mandato, o advogado não será admitido a procurar em juízo. Poderá, todavia, em nome da parte intentar ação, a fim de evitar decadência ou prescrição, bem como intervir, no processo, para praticar atos reputados urgentes. Nestes casos, o advogado se obrigará, **independentemente de caução**, a exhibir o instrumento de mandato no prazo de 15 (quinze) dias, prorrogável até outros 15 (quinze), por despacho do juiz. Parágrafo único. Os atos, não ratificados no prazo, serão havidos por inexistentes, respondendo o advogado por despesas e perdas e danos.

exclusivo do STJ, é, outrossim, posição assente nos demais pretórios que a ausência de procuração na petição inicial de recurso interposto no segundo grau induz à inexistência de recurso.⁷⁰¹

7. Da litigância de má-fé, ato atentatório à dignidade da jurisdição e a responsabilidade por dano processual.

A responsabilização por dano processual sofreu recentíssima alteração através da lei nº 10.358, de 27 de dezembro de 2001. O artigo 14 do CPC foi alterado,⁷⁰² inseriu-se mais um dever às partes litigantes: *V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.* Um parágrafo foi acrescentado ao artigo 14 para determinar que, com exceção dos advogados – públicos ou privados -, o não cumprimento do disposto no inciso acima transcrito constituirá ato atentatório ao exercício da jurisdição, permitindo ao juiz (sem prejuízo de outras sanções criminais, civis e processuais cabíveis), aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

A lei, na verdade, criou mais uma penalidade que atingirá *as partes* – autoridade coatora, inclusive - (não os advogados), tal gravame difere da multa e da indenização por

⁷⁰¹ Vejamos o TJRS como decide. Recurso: número : 195702188 - data : 19950427 - Órgão : Quinta Câmara Cível - Relator: Jorge Alcibíades Perrone de Oliveira. Origem : Guarani das Missões - Ementa: *“Embargos de declaração. Dupla interposição por procuradores diferentes. Não conhecimento. Não se conhece da insólita interposição de dois embargos declaratórios, pela mesma parte, com procuradores diferentes. Um dos recursos tem a petição inepta, porque não aponta as alegadas omissões do acórdão. O outro é manifestado por advogado que não tem procuração ou substabelecimento nos autos e não a junta em 15 dias. Recursos não conhecidos, um por inépcia da petição e outro por ausência de mandato (ato inexistente a teor do art. 37 do cpc). Decisão: não conheceram. Unânime”*. Prolink Softwares – *Informa Jurídico*.

⁷⁰² Sua redação anterior era a seguinte: artigo 14: *Compete às partes e aos seus procuradores: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; II - proceder com lealdade e boa-fé; III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.*

litigância de má-fé já previstas pelos artigos 17 e 18 do CPC, bem como não se confunde com a multa aplicada em razão de descumprimento de ordem judicial (astreintes: artigo 461), que, registre-se, podem ser cominadas cumulativamente. A lei nº 10.358, de 27 de dezembro de 2001, criou mais uma fonte de receita para a Fazenda Pública já que a multa do artigo 14 será revertida em favor da União ou do Estado-Membro a depender da Jurisdição pela qual o processo tramite. Já a multa e a indenização pela litigância de má-fé daqueles dois dispositivos acima citados (artigos 17 e 18) reverterem em favor da parte que sofreu o prejuízo. A responsabilidade civil por dano processual vem regulada pelo artigo 16: “*Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente*”. E o artigo 35 acrescenta que as penalidades aplicadas às partes em decorrência de litigância de má-fé devem ser computadas como custas processuais, revertendo em favor da parte adversa. Diferentemente, quando a punição recai sobre um servidor o seu equivalente monetário pertence ao Estado.

Quem arca com as condenações (a da lei nº 10.358, de 27 de dezembro de 2001, a do artigo 18 e 461 do CPC) é sempre a parte, mesmo que quem tenha praticado o ato atentatório à dignidade da justiça tenha sido o seu advogado. Este só responde regressivamente através de ação própria.⁷⁰³ O fato de um litigante ser condenado em face de má-fé processual, não significa, necessariamente, que venha a perder a demanda, eventualmente pode até vir a vencê-la e, ao mesmo tempo, incidir numa das hipóteses do artigo 17 do CPC. A esse respeito é possível que o litigante venha a ser condenado por litigância de má-fé, não em face de um ato comissivo, mas sim omissivo. Com efeito, há precedente jurisprudencial⁷⁰⁴ admitindo sim tal possibilidade, o que resta claro porque é possível que a mentira reflita uma alteração na verdade dos fatos consistente numa omissão e que justifica, por si só, a imposição da penalidade ao demandante ímprobo.⁷⁰⁵ Quanto à extensão dos prejuízos a serem reparados, isto é, os que decorreram da má-fé processual, a doutrina tem sido tímida posicionando-se no sentido de que a reparação não deve abranger o

⁷⁰³ Neste sentido a lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB), no Art. 32, prescreve: *O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa. Parágrafo único. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria.*

⁷⁰⁴ Vide RTJE 129/164.

⁷⁰⁵ Não estamos a afirmar, porém, que o CPC teria instituído o sistema do ônus processual.

que a parte deixou de ganhar.⁷⁰⁶ Os tribunais, outrossim, requerem a comprovação do dolo como pressuposto para a condenação. Mais acertada, todavia, nos parece a posição de Grassi de Gouveia no sentido de que basta a demonstração de culpa grave.⁷⁰⁷

Quanto à natureza jurídica das normas que regem a matéria da litigância de má-fé, ou seja, se são de direito material, processual ou de direito judiciário, Pontes de Miranda distingue, com base em James Goldschmidt, que estas normas são de Direito material-judiciário. Quando consultamos a obra deste germânico, pudemos denotar que tais hipóteses são possibilidades processuais derivadas do direito de incoar no processo.⁷⁰⁸ Atualmente a lei permite ao juiz fixar imediatamente os parâmetros da condenação, Arruda Alvim, por exemplo, em seu Tratado de Direito Processual Civil, vol II, após a vigência da lei 8.952/94, muda seu entendimento sobre este tema e passa a admitir esta possibilidade.⁷⁰⁹

8. O dever de veracidade da parte e do procurador

após o advento da lei nº 10.358/01.

Até o advento da lei nº 10.358/01, os deveres processuais das partes e de seus procuradores vinham regulados nos artigos 14 e 15 do código de processo civil, competindo-lhes: I - expor os fatos em juízo

⁷⁰⁶ É assim que pensa Arruda Alvim: “Constatamos, portanto, que o sentido é o de restringir aos prejuízos, não abrangendo o que razoavelmente deixou de ganhar, na forma do artigo 1056 do CC”. ALVIM Arruda. *Tratado de direito processual civil*, Vol II, p. 432.

⁷⁰⁷ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. *A litigância de má-fé no processo civil brasileiro*, 236.

⁷⁰⁸ “A diferencia de los derechos potestativos, las posibilidades tienen como objeto de constitución no ya relaciones, sino situaciones jurídicas, y como medio de constitución no ya negocios jurídicos, sino actos procesales. Por lo tanto, el pleitear no envuelve una disposición del derecho, sino ni siquiera de acción. En efecto, el incoar un proceso há de conducir al logro de ventajas jurídicas”. GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso*. Madrid: Biblioteca de Iniciación Cultural, 1936, p. 68.

⁷⁰⁹ “... à luz da nova redação dada àquele dispositivo pela Lei 8.952/94, é que valorou o legislador a hipótese a ponto de transferir a incidência destes danos do que dizia respeito exclusivamente ao interesse da parte, passando-a para o plano do processo (...) a nova redação dada ao artigo 18, pela lei 8.952/94 admite a possibilidade de o próprio juiz fixar, desde logo, o valor da indenização nos parâmetros que indica”. ALVIM Arruda, op. cit. p. 428.

conforme a verdade; II - proceder com lealdade e boa-fé; III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito. É certo que além dos deveres previstos no artigo 14, as partes tinham e ainda têm o dever de, uma vez comparecendo em juízo, dizer a verdade sobre o que lhes fosse perguntado, além de terem de se submeter à inspeção judicial e praticar os atos que o juiz lhes determinar (artigo 340).

Volvendo às alterações da lei 10.358/01, que, como já registramos, acrescentou mais um inciso ao artigo 14, passando a considerar como mais um dever das partes: *“cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final”*, além do inciso V, cuja redação queda-se entre aspas acima, cuidou de acrescentar um parágrafo ao citado artigo para nele prescrever uma penalidade a incidir no caso de sua desobediência. Como adiantado no item anterior, a penalidade a seguir tratada aplica-se, apenas, no caso de descumprimento de provimentos mandamentais, antecipatórios ou finais, não se estendendo às situações previstas nos incisos I a IV do mesmo artigo 14. Pois bem, inovou a lei para dizer que:

“Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.”

Mais uma vez a lei excluiu a responsabilidade direta dos advogados. A redação parece ter olvidado a aposição de uma vírgula após a palavra “que”, pois é óbvio que o conteúdo posterior é meramente explicativo: quando a lei disse: “*Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB...*”, deu margem à interpretação, não razoável, no sentido de que há advogados que se sujeitam aos estatutos da OAB com exclusividade e que há outros que não se sujeitam. Parece claro que a vírgula era necessária para conotar sentido meramente explicativo: que os advogados não estão sujeitos à penalidade a seguir imposta, mas sujeitam-se tão somente às disposições previstas nos estatutos corporativos.

A dúvida decorrente da redação do parágrafo único do artigo 14 ensejou a proposta do projeto de lei nº 6.870/2002, pois passou-se a discutir se o dispositivo aplicar-se-ia, ou não, aos advogados públicos (procuradores que atuam na defesa de entes públicos). Para pôr fim a este questionamento, o projeto de lei acima mencionado foi elaborado por Gilmar Ferreira Mendes e Miguel Reale Júnior, ou seja, “... *para que não parem dúvidas acerca da inaplicabilidade da pena processual prevista no parágrafo único do art. 14 do CPC nem para os advogados privados nem para os advogados públicos...*”.⁷¹⁰ Então, a nova redação constante do projeto corrige a incorreção anterior nos seguintes termos:

“Art.14...

Parágrafo único. *Ressalvados os advogados, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado*”.⁷¹¹

⁷¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira e REALE JÚNIOR, Miguel, *in projeto de lei nº 6.870/2002*, disponível em www.planalto.gov.br

⁷¹¹ Vejamos a íntegra da exposição de motivos do projeto de lei nº 6.870/2002, que tramita com *urgência constitucional*: **Presidência da República Secretaria-Geral Secretaria de Assuntos Parlamentares**
- EM INTERMINISTERIAL nº 00167 – MJ/AGU - Brasília, 22 de maio de 2002. Excelentíssimo

Senhor Presidente da República. Submetemos à consideração de Vossa Excelência o anexo Projeto de Lei que “altera a redação do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil”. 2. Por meio da Mensagem nº 1.111, de 18 de agosto de 2000, que acompanhou a EM nº 275, de 12 de julho de 2000, do Ministério da Justiça, foi encaminhado ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 3.475, de 2000, que propunha a alteração de dispositivos do Código de Processo Civil, dentre os quais o art. 14 ora tratado. 3. O referido Projeto pretendia, no que diz respeito ao art. 14, reforçar a ética, os deveres de lealdade e de probidade que devem presidir o desenvolvimento do contraditório, não apenas com relação às partes e seus procuradores, mas a todos os demais participantes do processo, a exemplo da autoridade apontada coatora nos mandados de segurança ou das pessoas que devam cumprir ou fazer cumprir os mandamentos judiciais e abster-se de colocar empecilhos à sua efetivação. 4. Para tanto, a redação do **caput** do mencionado artigo passaria a abranger “todos aqueles que de qualquer forma participem do processo”. Incluir-se-ia, também, nesse dispositivo, inciso V, para que os destinatários da norma tivessem o dever de cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final, sob pena de, em caso de descumprimento, ser arbitrada multa, por ato atentatório ao exercício da jurisdição. 5. A proposição tramitou pelas Casas Congressuais, tendo sido submetida à sanção do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, com redação que contemplava pequenas alterações efetivadas na proposta que lhes foi originalmente encaminhada. 6. No que diz respeito ao art. 14 do CPC, a inovação consistiu na retirada da menção aos procuradores no **caput** e na inclusão de ressalva dirigida “aos advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB”. 7. Assim, sancionado o projeto, a Lei nº 10.358, de 27 de dezembro de 2001, dele resultante, trouxe um novo **caput** para o art. 14, acrescido de inciso V e de parágrafo único. 8. Diante disso, o parágrafo único do art. 14 passou a ter a seguinte redação: “Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado.” 9. Esta redação propiciou debate a respeito da aplicação da norma aos advogados públicos, e isso porque a utilização do termo “exclusivamente” deu margem para que alguns interpretassem a ressalva como dirigida apenas aos advogados privados. 10. A toda evidência, isto não é o que decorre da norma positivada. Tanto não pretendeu o legislador imputar penalidade ao advogado público, mas sim excluir todos os advogados do elenco dos deveres contidos no art. 14 e da sanção de seu parágrafo único, que retirou do **caput** do dispositivo a referência a “procuradores”. 11. Além disso, como restou demonstrado na Exposição de Motivos que acompanhou o projeto que deu origem à Lei nº 10.358, de 2001, o que se buscou foi alcançar outras pessoas que participam do processo e que podem causar embaraços ao bom andamento da prestação jurisdicional, e isso está nítido no inciso V acrescido. 12. Não se diga que a Lei acima citada excluiu da ressalva os advogados públicos porque estes não estão sujeitos a penalidade imposta pela entidade de fiscalização de classe em virtude de conduta praticada no desempenho de sua atividade profissional. Assim como os advogados privados, no que concerne ao exercício da profissão, são eles regidos pelo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil – Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, que abriga Seção própria destinada à Advocacia Pública. Aliás, o que propiciou a discussão foi o fato de os advogados públicos estarem sujeitos também a penas administrativas e, portanto, não submetidos com exclusividade ao Estatuto da OAB. 13. Inquestionavelmente, é destituída de razoabilidade uma norma que procure distinguir os representantes das partes em função de serem eles servidores públicos, empregados do setor privado ou profissionais liberais, e isso porque a ética no processo se dirige a todos, sem justificativa para qualquer desigualdade. A exclusão, portanto, deve-se ao fato de o legislador ter entendido que as sanções que lhes são cabíveis são suficientes para coibir atos impróprios, com reflexos nefastos no processo. 14. Ocorre que a possibilidade, ainda que remota, de tratamento diferenciado em relação a profissionais que desempenham o mesmo mister, tem gerado insegurança entre os advogados públicos, temerosos de que, mesmo sujeitos até mesmo a penalidades maiores do que os advogados privados, porque a estes não se aplicam penas administrativas disciplinares, sejam-lhe imputadas sanções processuais das quais não cogitou o legislador. 15. Diante disso, para que não parem dúvidas acerca da inaplicabilidade da pena processual prevista no parágrafo único do art. 14 do CPC nem para os advogados privados nem

A multa a ser fixada em conformidade com a gravidade da conduta, que, aliás, restará sujeita a juízo discricionário do magistrado, deve incidir sobre o valor da causa tal como já ocorria com a multa e a indenização previstas pelo artigo 18 - que podem ser cumuladas - e não sobre o valor da condenação, tal como ocorre com a condenação em honorários advocatícios (artigo 20 §§ 3º e 4º).

8.1. A Fazenda Pública como sujeito passivo da multa do artigo 14 do CPC.

A multa reverte-se em benefício da Fazenda Pública da União ou do Estado, restando excluída a possibilidade de sua reversão em favor do município, pela lógica conclusão de que no Brasil não há jurisdição municipal. Aliás, o projeto de lei nº 6.870/2002 esclarece também este aspecto da lei nº 10.358/01. Questão prática relevante reside em saber se a própria Fazenda Pública pode, ou não, ser condenada ao pagamento da multa quando os seus representantes processuais-postulacionais descumprirem provimento mandamental, antecipatório ou final, nos termos do inciso V do artigo 14. Seria, obviamente, ocioso condenar a Fazenda ao pagamento de multa que, ao final, devesse ser inscrita como dívida ativa da própria Fazenda. Entretanto, é possível tal condenação sempre que o juízo processante não estiver vinculado à Fazenda

para os advogados públicos, é que sugiro nova redação a esse dispositivo. Com isso, acreditamos, contribui-se para o expurgo de celeumas infundadas que podem surgir da errônea interpretação do texto legal vigente, dando-lhe sentido diverso do que o pretendido pelo próprio Congresso Nacional, que apresentou a modificação ao projeto original, acolhida pela lei em virtude da sanção presidencial. 16. Assim, para evitar questionamentos judiciais que sirvam apenas para imprimir maior morosidade às demandas, é que submetemos à apreciação de Vossa Excelência o anexo projeto de lei. Respeitosamente,

MIGUEL

REALE

JÚNIOR GILMAR

FERREIRA

MENDES

Ministro de Estado da Justiça

Advogado-Geral da União

Disponível em www.planalto.gov.br

condenada. Exemplificativamente, pode o juiz federal condenar as Fazendas estadual e municipal porque nesses casos a multa será convertida em crédito fiscal-processual pertencente à outra entidade tributante. O mesmo pode ocorrer quando o juiz de direito presidir feito no qual a Fazenda municipal litigar na condição de parte e o seu representante postulacional praticar ato que se enquadre no tipo do inciso V do artigo 14. Além dessa situação, o juiz de direito pode também vir a condenar a Fazenda federal. Isso é factível na medida em que o artigo 109 da Constituição Federal excluiu da competência da justiça federal as causas de falência e as de acidentes de trabalho,⁷¹² que são afetas à jurisdição estadual. Ora, se, exemplificativamente, empresa pública federal, autarquia ou fundação, litigarem como credoras em processo falimentar e o seu representante processual praticar ato atentatório à dignidade da jurisdição, não há óbice algum a que o juiz de direito a condene ao pagamento da multa.⁷¹³

⁷¹² A súmula 15 do STJ estabelece que *"Compete à Justiça Estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente do trabalho"*. Mas Theotonio Negrão observa com bastante propriedade que em relação às ações revisionais: *"Não compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar ação de revisão de benefício previdenciário ainda que decorrente de acidente do trabalho, exceto se, no foro do domicílio do segurado, não funcionar vara da Justiça Federal"* (STJ-3ª Seção, CC 20.540-RS, rel. Min. Vicente Leal, j. 26.11.97, v.u., DJU 2.2.98, p. 54). NEGRÃO, Theotonio, op. cit. nota nº 18 ao artigo 109 da Constituição Federal.

⁷¹³ Bem recentemente o STF fulminou a dúvida quando o plenário, à unanimidade, no julgamento da ADI nº 2652, proposta pela Associação Nacional dos Procuradores de Estado (ANAPE), que questionava a constitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 10.358/01, que alterou o artigo 14, inciso V, do Código de Processo Civil, decidiu que o parágrafo único do artigo 14 alcança advogados tanto do setor público quanto privado. O Ministro relator – Mauricio Corrêa – ressaltou a importância que uma vírgula ou a sua ausência pode proporcionar na interpretação de um texto, para arrematar: *"... que seria um absurdo concluir que o legislador tenha pretendido excluir da ressalva os advogados sujeitos a outros regimes jurídicos, além daquele instituído pelo Estatuto da OAB, como ocorre, por exemplo, com os profissionais da advocacia que a exercem na qualidade de servidores públicos. Embora sujeitos à legislação específica, que regula tal exercício, também devem observância ao regime próprio do ente público contratante. Nem por isso deixam de gozar das prerrogativas, direitos e deveres dos advogados, estando sujeitos à disciplina própria da profissão"*. O relator votou pela explicitação melhor da norma, visando extirpar interpretações equivocadas quanto ao seu real significado, e julgou procedente o pedido *"... para conferir interpretação conforme a Constituição Federal, sem redução de texto, ao parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei nº 10.358/01, para ficar claro que a ressalva contida na parte inicial do dispositivo alcança todos os advogados que atuam na Justiça, independentemente de estarem sujeitos também a outros regimes jurídicos"*. www.stf.gov.br.

Além dos deveres dos artigos 14 e 340, as partes e os seus representantes postulacionais ainda podem ser penalizados se empregarem expressões injúrias nos escritos apresentados no processo, pois neste caso o artigo 15 faculta ao juiz, de ofício ou a requerimento do ofendido, mandar riscá-las. E se as expressões injuriosas forem proferidas em defesa oral, o juiz advertirá o advogado, ou procurador, que não as use, sob pena de lhe ser cassada a palavra.

9. Má-fé processual e dano (material e moral): o *re plus petitur* do artigo 940 do CC e o artigo 42 do código de proteção e defesa do consumidor.

Diz o artigo 940 do CC que: *Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas, ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição.*⁷¹⁴ Este artigo possui função dupla garantindo o direito do lesado e sendo base legal reparatória de dano independentemente da prova da materialidade do prejuízo. Resta, então, a conclusão no sentido de que a má-fé processual não está abrangida no todo indenizatório do artigo 1531 do CC, ou seja, os artigos 16 a 18 do CPC não estão abrangidos pela lei civil material que é, por eles, complementada.⁷¹⁵

⁷¹⁴ Este artigo substituiu o antigo artigo 1531 do código de 1916, cujo conteúdo restou praticamente intacto. Dizia o antigo código: *Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas, ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se, por lhe estar prescrito, decair da ação*". Apenas esta expressão grifada foi substituída por: salvo se houver prescrição.

⁷¹⁵ Vejamos o que diz sobre o assunto Maria Helena Diniz, quando comenta o artigo 1531 do CC: "... tem dupla função: garantir o direito do lesado à segurança, protegendo contra exigências descabidas e servir de meio de reparar o dano, exonerando o lesado do ônus de provar a ocorrência da lesão. O CPC, arts. 16-18, alude à responsabilidade das partes litigantes por dolo processual, impondo indenização na seara do direito adjetivo. Refere-se ao dano processual e sua composição. Assim sendo, não há que se falar em absorção do artigo 1531 do CC pelos arts 16 a 18 do CPC. Há uma

Mas, segundo o STF, não é qualquer cobrança indevida que justifica a aplicação do artigo 1531 do CC, pois de acordo com o enunciado da súmula 159 do pretório excelso: “Cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do art. 1531 do Código Civil”. Situação distinta ocorre quando a lei a aplicar é o artigo 42 do CPDC, que diz: “O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável”.

Há de se considerar, todavia, a natureza da relação jurídica mantida entre as partes a fim de se definir qual dentre as duas regras incidirá em face do caso concreto. Sendo a relação jurídica processual vertente sobre relação primária consumerista sobreleva-se a necessidade de intervenção do Poder Judiciário com o escopo de manter o equilíbrio contratual. Terá, portanto, aplicação à espécie o artigo 6º do CDC, principalmente do que consta do seu inciso VIII, ou seja: a facilitação da defesa dos direitos do consumidor, inclusive com a inversão do ônus da prova a seu favor, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente. Como diz Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, sendo a relação jurídica mantida entre as partes litigantes inserta no âmbito consumerista, o fenômeno do dirigismo contratual verifica-se de maneira intensa; “... limitando a manifestação de vontade em proveito do interesse público”.⁷¹⁶ Numa tal situação, conseqüentemente, em vez de se aplicar o artigo 940 do CC, deve-se recorrer ao artigo 42 do CPDC.⁷¹⁷ A aplicação do dispositivo do artigo 940 do CC está a exigir a existência de demanda em juízo. Já a aplicação do artigo 42 do CPDC aplica-se tanto para

relação de complementação entre esses artigos, pois eles não se excluem, mas se completam”. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil*. Vol III. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 488-9.

⁷¹⁶ CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. *Comentários ao código de proteção e defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1991, p. 105.

⁷¹⁷ **Comentando o dispositivo do artigo 42 do CDC, Luiz Antônio Rizzato Nunes é peremptório no reconhecimento ao direito de indenização do consumidor indevidamente cobrado, verbis:** “... Se por qualquer motivo o consumidor sofrer dano material (por exemplo, teve de contratar advogado e pagar honorários e despesas) e/ou dano moral em função da cobrança indevida, tem direito a pleitear indenização, por força das regras constitucionais e legais aplicáveis (CF, art.5, X; CDC, art.6, VI). Isso independentemente de o consumidor ter pago a quantia indevidamente cobrada. Se o fez, então pode cumular o pedido de repetição de indébito em dobro com o da indenização por danos materiais e/ou morais”. NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *Comentários ao código de defesa do consumidor. Direito material (arts. 1º a 54)*. São paulo: Saraiva, 2000, p. 510-12.

esta hipótese quanto para casos de cobrança extrajudicial, desde que se trate de relação jurídica de natureza consumerista.⁷¹⁸

A responsabilização por dano processual não fica adstrita apenas aos danos de natureza positiva, mas também abrangem os de índole negativa.⁷¹⁹ E além dessas espécies envolve também o dano moral, por ventura demonstrado, em razão de conduta processual danosa.⁷²⁰

10. O princípio da igualdade das partes: os privilégios da Fazenda e do MP.

⁷¹⁸ Nunes esclarece ainda que o artigo 42 do CDC tem aplicação quer se trate de cobrança judicial ou extrajudicial: *“Para encerrar o comentário ao presente art. 42, temos de apresentar a opinião dos autores do anteprojeto sobre um ponto, para dela discordar. O parágrafo único do art.42 tem sua inspiração na regra do art.1531 do código civil, (...) Que se trate de dívida de consumo é algo necessário, porque as regras do CDC só se aplicam às relações de consumo. Nem era preciso dizê-lo. Agora, dizer que a pena só é possível na cobrança extrajudicial não tem qualquer sustentação”*. NUNES, Luiz Antônio Rizzato, *ibidem*.

⁷¹⁹ Recorrendo mais uma vez à professora Maria Helena Diniz: *“Para conceder a indenização de perdas e danos, o juiz deverá considerar se houve: dano positivo ou emergente, que consiste num déficit real no patrimônio do credor, e dano negativo ou lucro cessante, relativo à privação de um ganho pelo credor, ou seja, o lucro que ele deixou de auferir em razão de descumprimento da obrigação pelo devedor”*. DINIZ, Maria Helena, *op. cit.* p. 748/9.

⁷²⁰ Ora, segunda a doutrina, o dano moral decorre de um ilícito, hoje previsto expressamente pela Constituição da República, bem como pelo Código Civil e pelo CPDC. O *pretium doloris*, pressuposto para a indenização por dano moral, reside na existência do prejuízo psíquico decorrente da ofensa correlata. O prejuízo é a dor psíquica e moral sofrida pela vítima de ofensa de ato injurioso e difamador de sua personalidade, onde a compensação que a ação civil representa não se constitui em equivalência perfeita entre o dano sofrido e o ressarcimento. Vejamos o magistério de Maria Helena Diniz, explicando que a natureza jurídica da reparação por danos morais, não é patrimonial, nem econômica: *“Do exposto infere-se que a reparação do dano moral não tem apenas a natureza penal, visto que envolve uma satisfação à vítima, representando uma compensação ante a impossibilidade de se estabelecer perfeita equivalência entre o dano e o ressarcimento. A reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e de satisfação compensatória. Não se pode negar sua dupla função: a) penal, constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição de seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa – integridade física, moral e intelectual, não poderá ser violado impunemente, subtraindo-se o seu ofensor às consequências de seu ato por não serem reparáveis; e b) satisfatória ou compensatória, pois como o dano moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais, provocando sentimentos que não têm preço, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenuie a ofensa causada. Não se trata, como vimos, de uma indenização de sua dor, da perda de sua tranquilidade ou prazer de viver, mas de uma compensação pelo dano e injustiça que sofreu, suscetível de proporcionar uma vantagem ao ofendido, pois ele poderá, com a soma de dinheiro recebida, procurar atender às satisfações materiais ou ideais que reputa convenientes, atenuando assim, em parte, seu sofrimento”*. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil. Da responsabilidade civil*. Vol VII. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 74/5.

O tratamento isonômico das partes em relação jurídica processual constitui-se em verdadeiro princípio do processo civil. Recai sobre o juiz o *dever* de conferir aos contendores os mesmos direitos processuais.

Mas, o problema da isonomia verificado no âmbito do processo civil, encontra alguns óbices que devem ser superados em virtude dos benefícios procedimentais conferidos à Fazenda Pública e ao Ministério Público. Quando condenada ao pagamento de honorários advocatícios, a parte arca com ônus delimitado entre dez a vinte por cento sobre o valor da condenação (artigo 20, § 3º). Quando, porém, se tratar de causas de pequeno valor, ou quando o valor for inestimável, ou ainda quando não houver condenação, ou se se tratar de execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz (artigo 20, § 4º). Estas situações não embutem qualquer vício de afronta ao princípio da isonomia, pois não se está a levar em consideração fatores referentes à qualidade da parte, mas situações merecedoras de tratamento distinto do conferido pelo § 3º do mesmo artigo. Todavia, o § 4º também terá incidência quando for vencida a Fazenda Pública, note-se que agora a situação desfigura-se, pois a consideração da aplicação de regra equitativa verteu-se para a condição do sujeito processual envolvido.

Pois bem, crescente construção pretoriana vem solidificando entendimento no sentido de que a regra do artigo 20, § 4º do CPC – em relação ao privilégio da Fazenda Pública, inclua-se o Ministério Público - é inconstitucional por agredir o princípio da isonomia. Neste sentido, o primeiro Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo (RT 576/146) assim vem constantemente decidindo. Na doutrina, Nelson Nery Júnior, comentando o aresto supra, magistra que honorários fixados por critério equitativo não significa modicidade.⁷²¹ No mesmo sentido, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, José Augusto Delgado, corroborando entendimento dos professores Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, posiciona-se contra os privilégios da Fazenda Pública,

⁷²¹ “... de modo que se julgou correto o percentual de 20% sobre a condenação, como sendo de responsabilidade da Fazenda Pública relativamente aos honorários de advogado”. NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 50-51.

afirmando que eles ferem o princípio da isonomia processual.⁷²² Admitir o contrário seria admitir regra infraconstitucional confrontante com o expresso do artigo 5º da Constituição Federal.

10.1. O benefício de preferência processual para pessoas idosas ou portadoras de moléstias graves.

Sem representar agressão ao princípio da isonomia das partes no processo, a lei federal nº 10.173, de nove de janeiro de 2001, trouxe justíssimo benefício de ordem no processamento e julgamento dos processos em que haja interesse de pessoa com idade igual ou superior a sessenta e cinco anos.

Muito embora não trate expressamente de pessoas portadoras de câncer, aids e ou moléstias graves, é óbvio que o disposto nos artigos 1.211 (A, B e C) aplica-se a pessoas nessas situações. Isso decorre do fato de o legislador haver cuidado ...

Ver nelson nery

⁷²² “Por isso é que, em nosso entender, não se pode cogitar em exceção, ou exceções, ao nomeado regramento geral constitucional; nem alvitrar, como, entre nós, faz, ex.g., Roberto Rosas, a existência de “novidade infringente do princípio da isonomia”, arrolando a dilatação do prazo em quádruplo e em dobro, respectivamente, para a Fazenda Pública contestar ou recorrer; e a afirmação do duplo grau de jurisdição, nos incs. II e III do artigo 475 do CPC, relativamente à sentenças proferidas contra a União, o Estado e o Município, ou que julguem improcedente o pedido formulado em ação de execução de dívida ativa da Fazenda Pública. Aliás, não só essas, como, igualmente, outras estatuições correlatas, contemplando, ainda, a Fazenda Pública e o Ministério Público e certas situações processuais de conotação nitidamente patrimonial, infringindo a preceituação maior alusiva à igualdade de todos, **são, na realidade, inconstitucionais**”. DELGADO, José Augusto. A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, p. 65-6.

Art. 1.211. Este Código regerá o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes.

"Art. 1.211-A. Os procedimentos judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a sessenta e cinco anos terão prioridade na tramitação de todos os atos e diligências em qualquer instância." (AC) ^{*} (Art. acrescentado pela Lei nº 10.173, de 9.1.2001)

"Art. 1.211-B. O interessado na obtenção desse benefício, juntando prova de sua idade, deverá requerê-lo à autoridade judiciária competente para decidir o feito, que determinará ao cartório do juízo as providências a serem cumpridas." (AC) (Art. acrescentado pela Lei nº 10.173, de 9.1.2001)

"Art. 1.211-C. Concedida a prioridade, esta não cessará com a morte do beneficiado, estendendo-se em favor do cônjuge supérstite, companheiro ou companheira, com união estável, maior de sessenta e cinco anos." (AC) (Art. acrescentado pela Lei nº 10.173, de 9.1.2001)

Aqui se encerram as considerações pertinentes às partes enquanto sujeitos processuais. Passemos, agora, à análise do juiz.

SUJEITOS PROCESSUAIS II

DO JUIZ

A fim de complementar a argumentação da atipicidade da relação processual administrativa, serão confrontadas as figuras do juiz e do julgador administrativo.

11. Distinções essenciais entre o juiz e o julgador administrativo.

Nos termos do artigo 92 da Constituição Federal os juízes são órgãos integrantes do Poder Judiciário, são membros de Poder.⁷²³ A magistratura brasileira é regida por estatuto próprio, a lei complementar nº 35 de 14 de março de 1979, que foi recepcionada pela atual Constituição (artigo 93). Pois bem, o artigo 1º desta lei reafirma que os juízes são órgãos integrantes da função judiciária.⁷²⁴ Mas a LOMAN não foi integralmente recepcionada pela nova ordem constitucional, o Conselho Nacional da Magistratura, por exemplo, como não foi previsto na Constituição, por isso foi considerado pelo Supremo Tribunal Federal como inexistente.⁷²⁵ Já os julgadores administrativos não receberam tratamento constitucional, embora o artigo 5º, pelo inciso LV, garanta aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; e embora o parágrafo único do artigo 247, com a redação conferida pela emenda nº 19, de 04 de junho de 1998, tenha garantido que na hipótese de insuficiência de desempenho a perda do cargo do servidor público estável somente ocorrerá mediante *processo administrativo* em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa.⁷²⁶

Como se percebe, a Constituição, embora tenha admitido o processo administrativo como espécie do gênero processo, não concebeu a figura do juiz administrativo, sendo, pois, preferível a adoção da expressão *julgadores administrativos* em detrimento de *juízes* administrativos. Isso se justifica porque os juízes são agentes políticos

⁷²³ Ao julgar o juiz tem o dever de o juiz de fazer justiça. BARRETO, Ricardo de Oliveira Paes, op. cit. p.121.

⁷²⁴ Dissemos que o artigo 1º da LOMAN reafirma o contido no artigo 93 da Constituição Federal, nada obstante ela (LOMAN) ser, temporalmente falando, anterior à Constituição de 1988, que criou uma nova ordem jurídica, recepcionando o ordenamento anterior em vários tópicos.

⁷²⁵ Nestes termos disse o Ministro Celso de Mello: "*O Conselho Nacional da Magistratura deixou de existir ante a superveniência da nova Constituição Federal*". (DO de 24.8.98, p. 4. extraído de NEGRÃO, Theotonio, nota nº 2ª, ao artigo 3º da LOMAN, vide op. cit).

⁷²⁶ Walter Carlos Cardoso Henrique diz que a Constituição chega mesmo a reclamar a existência de Tribunais Administrativos, embora não os preveja explicitamente: "*A Constituição Federal não apresenta qualquer restrição à existência de tribunais administrativos mantidos e suportados pelo Poder Executivo, em verdade reclama tal coexistência, a partir do art. 5º*". Confira-se CARDOSO HENRIQUE, Walter Carlos em *Processo Administrativo Tributário e Previdenciário*, sob a coordenação de Lúcia Valle Figueiredo, editora Max Limonad, 2001, p. 88.

integrantes de uma função de poder: o Judiciário; os julgadores administrativos, por sua vez, apesar de não integrarem a função executiva enquanto atividade disciplinada pelo artigo 37 da Constituição, não são, contudo, membros de poder. Note-se que o artigo 76 da Constituição diz que o Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado. Os julgadores administrativos, portanto, integram a função executiva na condição de servidores públicos, diferentemente dos juízes que são órgãos de Poder. Outro fator que corrobora a adoção da expressão *julgadores administrativos*, em detrimento de *juízes administrativos*, é o fato de o Brasil não se filiar ao sistema do Contencioso Administrativo, como já ocorreu no prelúdio de nossa história.

A função administrativa é subdividida em típica e atípica: aquela designa a finalidade desenhada pelo artigo 37 da Constituição; esta, a função judicante afeta aos limites da Administração Pública, devendo sempre observar os preceitos contidos no inciso LV do artigo 5º da Constituição. Essa distinção é bastante valiosa porque embute a consequência de não se poder admitir a possibilidade de advocatória no âmbito do processo administrativo. Na medida em que se biparte a função administrativa em duas vertentes, sendo uma delas com características nitidamente jurisdicional, ainda que imprópria, não é admissível que uma autoridade administrativa possa avocar processos administrativos para suprimir uma instância, porque dessa forma restaria agredido o inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal, apesar de a advocatória ser uma constante no exercício da função tipicamente administrativa.⁷²⁷

12. O caso do Tribunal Administrativo Tributário do Estado de Pernambuco (TATE).

⁷²⁷ CARDOSO HENRIQUE, Walter Carlos. *Processo administrativo tributário e previdenciário*. Coordenação de FIGUEIREDO, Lúcia Valle. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 87, onde o autor salienta que “*Por exercerem funções diferentes não incompatíveis enquanto isoladamente tratadas, por clara determinação dos vetores do contraditório e ampla defesa (constitucionalmente assegurados), é inconstitucional a revisão unilateral de qualquer decisão emitida por órgão colegiado administrativo de função judicante. Desse modo, qualquer dispositivo legal ou regulamentar que procure assegurar esse tipo de advocatória, será substancialmente inconstitucional, por colidir com esses princípios do contraditório e ampla defesa*”.

O Estado de Pernambuco detém posição peculiar em relação aos demais Estados do Brasil e à própria União Federal, no que tange à organização de seu *contencioso administrativo tributário*. Em 28 de junho de 1991, a lei estadual nº 10.594 instituiu os cargos públicos de *Julgadores Tributários* com competência privativa para o julgamento dos procedimentos administrativo-tributários acerca de lides referentes à tributação afeta ao Estado de Pernambuco. O exercício da jurisdição administrativa do TATE prescinde de provocação da parte interessada, não se lhe aplicando o princípio do dispositivo previsto no artigo 2º do código de processo civil.

O Tribunal Administrativo-Tributário – TATE, que constitui a instância recursal do contencioso administrativo, é composto por sete Conselheiros Tributários, de provimento efetivo, e três Conselheiros Representantes Classistas, que exercem mandato de dois anos, admitindo-se uma recondução por designação do Governador do Estado. A escolha dos Conselheiros Classistas deve recair sobre bacharéis em direito com mais de cinco anos de exercício de profissão e com comprovado conhecimento em direito tributário,⁷²⁸ indicados em listas tríplices elaboradas, respectivamente: pela Federação das Indústrias, Associação Comercial e Federação de Agricultura de Pernambuco. Os classistas, enquanto estiverem no exercício do cargo de Conselheiro Tributário, ficam impedidos de advogar.

Além disso, o TATE conta com uma Corregedoria administrativo-tributária presidida por um Conselheiro designado pelo Secretário da Fazenda, cujo escopo é fiscalizar a disciplina e controlar as instâncias julgadoras. O provimento dos cargos de julgador tributário perfaz-se mediante aprovação em concurso público de provas e títulos, devendo o candidato ser brasileiro nato ou naturalizado, ser bacharel em direito, estar inscrito na OAB, se não se tratar de servidor que exerça função incompatível com a advocacia e, enfim, não

⁷²⁸ A comprovação de conhecimento em direito tributário, segundo o § 1º do artigo 7º da lei nº 10.594/91, depende de pelo menos o preenchimento de dois dos seguintes requisitos: I- *aprovação em cursos de especialização (pós-graduação)* ; II- *publicação de livros, artigos ou pareceres*; III- *atuação em processos administrativos ou tributários*; IV- *atividade docente em curso de nível superior*; VI *exercício, por mais de um ano, de atividade de natureza jurídica em entidades de natureza pública ou privada*.

possuir antecedentes criminais.⁷²⁹ Os membros componentes do Tribunal são denominados de Conselheiros, cujo provimento decorre da promoção dos julgadores tributários, por merecimento e antiguidade, alternadamente.⁷³⁰

13. Das garantias dos juízes e julgadores administrativos.

Quanto às garantias dos magistrados, o artigo 95 da Constituição Federal estabelece: a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios. Em relação à **vitaliciedade**, os juízes de primeiro grau só a adquirem após dois anos de exercício, ficando a perda do cargo, nesse período, a depender de deliberação do tribunal que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado. Os juízes são vitalícios, os julgadores administrativos são estáveis. O artigo 41 da Constituição Federal diz que são estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. A perda do cargo do servidor público estável, segundo a Constituição, pode ocorrer: I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado; II – mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; III – mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

A **inamovibilidade** condiciona a remoção do magistrado contra a sua vontade à existência de interesse público, fundada em decisão motivada pelo voto de dois terços do respectivo tribunal, assegurada ampla defesa, exigindo-se isso também para fins de

⁷²⁹ Confirmando esta estrutura do contencioso administrativo em Pernambuco, o Decreto nº 15.229, de 09 de setembro de 1991, que regulamentou a lei nº 10.594 de 28 de junho de 1991, disse, no anexo 01, que o Contencioso Administrativo-tributário do Estado, com sede na cidade do Recife, tem por finalidade promover e assegurar a aplicação da justiça tributária na órbita administrativa estadual e integra a estrutura administrativa da Secretaria da Fazenda (Art. 1º), bem como que lhe compete, privativamente, o julgamento dos procedimentos Administrativo-tributários, de ofício ou voluntário, concernentes a tributos de competência estadual e a seus acessórios (art. 3º), e ainda que é composto pelos seguintes órgãos: I - Tribunal Administrativo-tributário do Estado - TATE; II - Corregedoria Administrativo-tributária; III - Julgadores Tributários do Estado.

⁷³⁰ A lei estadual nº 10.594/91, nos termos do artigo 29, transformou os cargos de Conselheiros Fiscais em Conselheiros Tributários e os de Auditor Fiscal em Julgadores Tributários.

disponibilidade e aposentadoria; a irredutibilidade de subsídios, apesar de constar do texto constitucional ainda não está a vigorar, pois enquanto não estiver em vigor a lei prevista pelo inciso XV do artigo 48, acrescentado pela emenda nº 19/98, fixando os subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, por iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal, observado o que dispõem os artigos. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I, enquanto não existir essa lei os juízes continuarão a perceber sua remuneração nos moldes da sistemática anterior.⁷³¹ Estas são as principais garantias dos juízes.

14. Quanto à autonomia das decisões judicial e administrativa.

As decisões judiciais são autônomas em relação às administrativas, no sentido de que apenas o Judiciário, em atuação de instância revisora, pode alterá-las. O ordenamento brasileiro não admite a interferência de outra função de poder sobre as atividades jurisdicionais. Conforme o artigo 468 do código de processo civil, a sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem *força de lei* nos limites da lide e das questões decididas. E uma vez transcorrido o prazo da ação rescisória (artigo 485-495), e não sendo a sentença daquelas que se podem modificar mesmo após o transcurso desse prazo, tal como se dá com as hipóteses de relação jurídica continuativa⁷³² e com a *querela nulitatis*,⁷³³ a coisa julgada fadar-se-á imutável.⁷³⁴

⁷³¹ A exigência de lei para a fixação dos subsídios também decorre do inciso X do artigo 37 da Constituição, que determina que a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39, somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices.

⁷³² Artigo 471 do CPC: Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: **I** - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; **II** - nos demais casos prescritos em lei.

⁷³³ Ação anulatória de sentenças proferidas em processos onde se verificou vício ou defeito de citação.

⁷³⁴ A este respeito a doutrina vem laborando em tese no sentido de que em algumas situações, tais como os casos de sentenças que firmam a Constituição Federal, aventada pelo professor Ivo Dantas, podem a qualquer tempo serem revistas pelo Judiciário, pois argumenta-se, acertadamente, que inexiste coisa

As decisões administrativas, diferentemente, submetem-se ao controle judicial.⁷³⁵ Esta diferença de grau de autonomia entre as atividades judicantes exercidas pelo Judiciário e pelo Executivo dá conta do quão distante fica a “jurisdição administrativa” em relação à jurisdição senso estrito exercida pelo Judiciário, no Brasil.

15. Quanto aos poderes jurisdicionais.

Como já visto no capítulo referente à Jurisdição, esta função de poder possui, pelo menos, três espécies de *poderes*, são eles: o poder de documentação, que indiscutivelmente a *jurisdição administrativa* também o possui, já que o processamento do processo administrativo faz-se em autos próprios onde se averbam todos os atos praticados; o poder decisão, pelo qual a autoridade judicante efetivamente decide a sorte dos contendores, sendo também comum a ambas as ‘jurisdições’; e o poder de coerção, sendo certo que apesar de a Administração ser detentora do poder de polícia, algumas restrições existem quanto à coercitividade das decisões administrativas proferidas em processos administrativos. É que segundo o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*, mesmo que de autoria da Administração. Ora, é comum os juízes anularem decisões administrativas proferidas em processos administrativos disciplinares ou tributários, por exemplo, bastando que não tenha sido concedido, também exemplificativamente, o direito à ampla defesa. Isso, porém, não significa que os julgadores administrativos não detenham poder de coerção, mas apenas que este poder é passível de controle pela jurisdição. A própria Constituição estabelece a submissão da jurisdição administrativa à jurisdição senso estrito exercida pelo Poder Judiciário, pois o § 2º do artigo 41, com a redação dada pela emenda nº 19/98, prevê a possibilidade de o juiz anular a decisão administrativa, necessariamente proferida em

julgada contra a Constituição. DANTAS, Ivo. Coisa julgada inconstitucional: declaração judicial de inexistência. *Fórum administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, nº 15, maio/2002, pp. 588-607.

⁷³⁵ A súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal, diz em seu enunciado que *a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial*.

processo administrativo, que demitir servidor estável.⁷³⁶

16. O processo administrativo como condição da ação judicial.

Em algumas hipóteses o processo administrativo funciona como instância obrigatória a ser percorrida pelo jurisdicionado até que sua pretensão material seja examinada pelo Judiciário. É o que ocorre, por exemplo, com a ação de mandado de segurança quando o impetrante pretende anular decisão administrativa, mas ainda lhe é possível a interposição de recurso administrativo com eficácia suspensiva independentemente de caução. Neste caso o artigo 5º da lei 1.533/51 diz que não se dará mandado de segurança quando se tratar: I - de ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução.⁷³⁷

⁷³⁶ A redação deste dispositivo é a seguinte: *"Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço"*.

⁷³⁷ É pertinente a observação de que o ato administrativo para ser objeto de mandado de segurança deve conotar efeitos concretos contra o impetrante. Este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, vejamos a ementa do acórdão proferido no mandado de segurança nº 551-DF. (Reg. nº 90.0007628-5). Relator: o Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. Ementa: *Mandado de Segurança - Ministro de Estado - Ato Administrativo Atacado - Características - O ato administrativo geral, abstrato e impessoal não enseja mandado de segurança. Equipara-se, porque espécie, à lei em tese. Cumpre ser concreto, incidente em relação jurídica determinada. Só assim resta configurado dano ou perigo a direito público subjetivo. Impõe-se, pelo menos probabilidade de prejuízo. Não basta a mera possibilidade.*

Também merece registro que se houver omissão da autoridade administrativa é admissível a interposição do mandado de segurança, como prevê a Súmula 429 do STF: "A existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão de autoridade". Esta Súmula somente se refere a procedimento omissivo da autoridade, e não comissivo (RTJ 113/828). Da mesma forma é admissível, como demonstra Theotônio Negrão, o mandado de segurança contra ato administrativo, se o interessado deixou escoar o prazo de recurso com efeito suspensivo e preferiu a impetração do "writ" (TFR-RDA 170/130; RJTJESP 45/278, JTJ 173/282). "O que se exige é que o ato impugnado seja operante e exeqüível. O que não pode ocorrer é a utilização, ao mesmo tempo, do recurso administrativo com efeito

Outro exemplo verifica-se com a ação de *habeas data*, pois que o Superior Tribunal de Justiça considera, pela súmula nº 02, que *não cabe o habeas data (CF, art. 5º, LXXII, letra a) se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa*. Para que haja a recusa de informações pela autoridade administrativa é necessário que o administrado-jurisdicionado percorra a via “procedimental” administrativa anteriormente. Nesses casos o processo administrativo, mais condizente com o primeiro exemplo, a bem da verdade, reputa-se verdadeira condição específica da ação judicial, cuja inobservância acarreta a extinção do processo judicial sem apreciação do mérito por falta de interesse processual, aqui representado pela *(in)utilidade* da provocação jurisdicional.

17. Poderes e responsabilidades processuais do juiz.

O princípio do dispositivo (artigo 2º do CPC) poda a atuação do juiz para dar início a uma relação processual, salvo raríssimas exceções, ao contrário dos julgadores administrativos que podem propor e julgar processos administrativos. Mas, uma vez iniciada a relação processual, o juiz pode impulsioná-la de ofício (princípio do impulso oficial: artigo 262). É no âmbito do direito probatório, todavia, que o juiz possui maior liberdade de atuação, pois a limitação do princípio do dispositivo não incide sobre a produção de provas, podendo o juiz determinar as provas que entender indispensáveis à instrução da causa, bem como indeferir as que forem protelatórias ou inúteis (artigo 130). Além disso, o juiz aprecia a prova livremente, sendo certo que, por questão de segurança jurídica, suas decisões devem limitar-se aos fatos e às circunstâncias comprovadas nos autos e as suas decisões devem,

suspensivo e do mandado de segurança, por isso que, interposto o recurso administrativo com efeito suspensivo, o ato deixa de ser operante e exeqüível (TFR-4ª Turma, AMS 89.104-RJ, rel. Min. Carlos Velloso, j. 15.12.80, v.u., DJU 26.2.81, p. 1.272). Neste sentido: TFR-6ª Turma, AMS 108.005-RJ, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 25.9.85, negaram provimento, v.u., DJU 24.10.85, p. 19.070; TFR-4ª Turma, AMS 108.521-MS, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 26.8.87, negaram provimento, v.u., DJU 17.9.87, p. 19.581. Vide NEGRÃO, Theotonio, op. cit. nota nº 03 ao artigo 5º da lei 1.533/51.

sempre, ser fundamentadas.

A doutrina oferece várias taxonomias sobre os poderes do juiz, fala-se em: *poder administrativo* ou de polícia, cuja finalidade é a de manter a ordem processual na instrução da causa; *poder jurisdicional*, sendo: *ordinário*, se se adstringir ao andamento processual e *instrutório*, se tiver por escopo a formação do convencimento; *poderes-fim*, isto é, os referentes à determinação de atos decisórios e de execução.⁷³⁸ Os poderes jurisdicionais são exercidos no processo, os de polícia verificam-se fora do processo, mas tendo em vista manter a sua marcha normal como acontece, por exemplo, com a manutenção da ordem nas audiências. Os poderes administrativos são acessórios dos poderes jurisdicionais, posto que a atividade jurisdicional é atividade fim do poder judiciário.⁷³⁹

O juiz deve agir com observância dos preceitos processuais, pois responderá por perdas e danos sempre que atuar com dolo ou fraude, ou quando recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte. Para que se verifique a responsabilidade do juiz nesta última hipótese é necessário que a parte, através do chefe de secretaria, requeira a providência e que a mesma não seja deliberada no prazo de dez dias (artigo 133 do CPC e 49 da LOMAN). A responsabilidade processual do juiz é responsabilidade do Estado, posto que o juiz é agente público, sujeitando-se, portanto, à regra do § 6º do artigo 37 da Constituição Federal.⁷⁴⁰

⁷³⁸ Sobre este assunto a doutrina oferta várias classificações, como a citada acima e que pertence a CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO. *Teoria geral do processual*, p. 263.

⁷³⁹ GOMES, Sérgio Alves. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 48.

⁷⁴⁰ Mas o Supremo Tribunal Federal impõe a seguinte restrição: “*Responsabilidade objetiva do Estado. Ato do Poder Judiciário. A orientação que veio a predominar nesta Corte, em face das Constituições anteriores à de 1988, foi a de que a responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos do Poder Judiciário a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes do STF. Recurso extraordinário não conhecido*”. REx Nº 111.609 – AM. (Primeira Turma). (Q. Ordem na RTJ 130/355) - Relator: O Sr. Ministro Moreira Alves. NEGRÃO, Theotonio, op. cit. nota 2ª ao artigo 133 do CPC.

CAPÍTULO 09

DO LITISCONSÓRCIO

1. Conceito.

Quando num processo há pluralidade de litigantes num dos pólos (ou em ambos) da relação processual, a este fenômeno dá-se a denominação de *litisconsórcio*. A etimologia da expressão *litisconsórcio* indica o resultado da junção da palavra *litis* (no genitivo de *lis*) mais *consortio* (ablativo de *consortium*), para designar, literalmente falando, *co-participação*.⁷⁴¹ Neste sentido, diz o artigo 46 do CPC que *duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente*. A cada um desses litigantes, isoladamente, chama-se *litisconsorte*. Mas, relembre-se, a pluralidade de litisconsortes num mesmo processo não revoga o princípio da dualidade das partes, pois em todo e qualquer processo haverá apenas duas partes. Casos há, todavia, em que uma relação processual envolve outra, ou outras, como se dá com a denúncia da lide, mas, mesmo assim, em se considerando cada relação processual isoladamente, mesmo que contenha vários litisconsortes, ela somente conterà duas partes. O litisconsorte possui status de parte autônoma que atua, contudo, em conjunto, seja por opção dos contendores (caso em que o litisconsórcio será do tipo facultativo), seja por determinação da lei ou por decorrência da

⁷⁴¹ FRAGA, Afonso, em *Instituições do processo civil do Brasil*. Tomo II. São Paulo: Saraiva, 1940, p. 83-4.

própria natureza da relação jurídica de direito material deduzida em juízo (caso em que o litisconsórcio será do tipo necessário).⁷⁴²

Esta figura processual envolve um cúmulo subjetivo não excludente do cúmulo objetivo, isto é, pode um processo envolver litisconsórcio e, também, cumulação de ações (cumulação de pedidos). Isso esclarece a idéia de que o litisconsórcio pode ser considerado como uma espécie do gênero cumulação de ações,⁷⁴³ obviamente do tipo subjetivo e neste poderá, ou não, haver pluralidade ou unicidade de demandas. O litisconsorte detém a condição de parte, aliás, há quatro possibilidades processuais pelas quais se adquire a condição de parte: 1º – pelo ajuizamento da demanda (parte autora); 2º – pela citação (parte ré ou do interessado, *ex vi legis* do artigo 213); 3º – pela intervenção voluntária, em algumas situações que serão examinadas no próximo capítulo; e 4º – pela sucessão de partes, que pode se dar entre vivos (artigo 42 do CPC) e *causa mortis* (artigo 43 do mesmo código).⁷⁴⁴ Essa possibilidade de ajuntamento de demandantes num mesmo pólo da relação jurídica processual efetiva o princípio da economia processual e também uma desejável harmonia de julgamentos acerca de matérias idênticas.⁷⁴⁵

2. Análise no direito comparado e uma classificação inicial do litisconsórcio.

Nosso CPC ao tratar do instituto do litisconsórcio demonstra que o legislador hauriu inspiração em alguns ordenamentos europeus, tais como o germânico, cuja ZPO regula a matéria nos §§ 59 e 60, e admite-o quando: várias pessoas estiverem em comunhão

⁷⁴² “A admissibilidade do litisconsórcio pressupõe a legitimidade de cada um dos co-litigantes (ou de todos conjuntamente, quando se trata de litisconsórcio necessário), o que não passa de elementar imposição da regra geral de legitimação contida no artigo 6º do Código De Processo Civil (...) Assim, com referência ao objeto do processo, ou seja, à demanda posta em juízo (*ré in iudicium deducta*), só poderá haver litisconsórcio se a todos e cada um tocar a qualidade que lhes autorize a condução do processo”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 43.

⁷⁴³ Como adiantado no item 10.5 do capítulo 07.

⁷⁴⁴ DINAMARCO, op. cit. p. 43.

⁷⁴⁵ “Esse fundamento básico, economia processual, ao lado da conveniência, são reconhecidos pelos doutrinadores em geral como os pilares do instituto”. CAVALCANTI. Francisco de Queiroz Bezerra. *Inovações no processo civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 27.

de direito com referência ao objeto do processo; os direitos e obrigações derivarem do mesmo fato ou do mesmo título; constituírem objeto do processo direitos ou obrigações semelhantes e derivados de um fundamento semelhante de fato ou de direito.⁷⁴⁶ Também a lei italiana guarda semelhança com o nosso CPC ao dispor no artigo 103 que os litigantes podem atuar em conjunto quando houver conexão de causas pelo objeto ou pelo título (causa de pedir) do qual dependem, ou, também, quando a decisão da causa depender, total ou parcialmente, da resolução de questões idênticas.⁷⁴⁷

O gênero litisconsórcio envolve várias espécies: será do tipo **facultativo**, quando a coligação de litigantes der-se por espontaneidade e for prescindível, isto é, quando a ausência de qualquer um dos demandantes não acarretar nulidade processual, assim, o feito pode prosseguir normalmente com, ou sem, a presença de todos os demandantes que atuam em conjunto por mera faculdade permitida pela lei; será **necessário**, quando a reunião dos litigantes, ao contrário do que se dá com o facultativo, for indispensável para a regular formação e desenvolvimento válido de um processo. Nestes casos a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo (diz o artigo 47 do CPC).

O litisconsórcio será, ainda, pertencente a uma, dentre duas espécies, independentemente de ser necessário ou facultativo, ou seja, poderá ele ser do tipo *simples* ou *unitário*. Será ***simples ou comum*** quando a sentença atingir aos co-litigantes distintamente, isto é, cada contendor será tratado pelo juiz de forma particular, diferente da dos demais; e será ***unitário*** quando a sentença tratar a todos os litigantes da mesma maneira. Tanto o litisconsórcio facultativo quanto o necessário, podem ser simples ou unitário a depender do caso concreto posto em julgamento. A lei, entretanto, cometeu o equívoco de dizer que o litisconsórcio necessário deve ser unitário, pois segundo o artigo 47 do CPC, haverá litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela

⁷⁴⁶ Sobre a influência alemã no tratamento do litisconsórcio brasileiro veja-se DINAMARCO, em *Litisconsórcio*, op. cit. p. 106.

⁷⁴⁷ Art. 103 do CPC: “*Litisconsórzio facoltativo. – Più parti possono agire o essere convenute nello stesso processo, quando tra le cause che si propongono esiste connessione per l’oggetto o per il titolo dal quale dipendono [31 ss, 40] oppure quando la decisione dipende totalmente o parzialmente, dalla risoluzione di indentiche questioni....*”. IACOBELLIS, Marcello. *Codice di procedura civile e legge complementari*. Nápoles: Editora Esselibri –Simone, 1998, p. 65.

natureza da relação jurídica, *o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes*. Ora, quando a lei diz que para haver litisconsórcio necessário deve o juiz sentenciar de modo *uniforme* para todas as partes, gramaticalmente falando ela impôs unitariedade de julgado como condição de existência do litisconsórcio necessário, quando isso, na verdade, constitui-se num grande engano. Para se comprovar esta assertiva basta recorrer-se ao exemplo de uma ação possessória de reintegração de posse lastreada em alegação de domínio. Imagine-se que haja três réus ocupando determinada área e que o autor pretenda ser reintegrado na integridade da mesma. Pois bem, como os três requeridos estão a ocupar a mesma área todos deverão ser citados, *necessariamente*, mas se um desses réus já ocupava uma fração da área total há tempo suficiente para caracterizar a usucapião, e se os outros dois não preencherem tal requisito temporal, evidentemente que a sentença não poderá tratá-los da mesma forma.⁷⁴⁸

Também pode o litisconsórcio ser: **inicial**, quando sua formação ocorrer no início da relação processual, ou **ulterior**,⁷⁴⁹ quando isso se der após tal fato processual, sua concretização dá-se por iniciativa tanto do autor quanto do réu e do terceiro (no sentido meramente cronológico e não material)⁷⁵⁰ que ingressa espontaneamente, ou ainda por imposição do juiz que tanto pode determinar o ingresso no litisconsórcio necessário (artigo 47 do CPC, parágrafo único) quanto no facultativo (artigo 105 do CPC); **ativo**, quando a coligação de partes ocorrer no pólo demandante da relação processual, **passivo**, quando isso

⁷⁴⁸ Confirmando que o litisconsórcio necessário pode ser simples, vejamos o seguinte texto de DINAMARCO: “É ponto pacífico, entre nós, a possibilidade de um litisconsórcio necessário que não seja unitário e, inversamente, do litisconsórcio facultativo unitário”. *Litisconsórcio*, op. cit. p. 69.

⁷⁴⁹ Aliás, é interessante verificar-se que Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery defendem que em se tratando de litisconsórcio do tipo facultativo o ingresso ulterior não deve ser admitido, sob pena de quebra do princípio do juiz natural: “Proposta a ação não é mais possível a formação do litisconsórcio ativo facultativo. Não se admite litisconsórcio o litisconsórcio facultativo ulterior, que ofenderia o princípio do juiz natural”. Cf. op. cit. p. 469. Este entendimento, porém, não é compartilhado por Cândido Rangel Dinamarco, que admite a intervenção voluntária facultativa posterior. Mas a posição de NERY JÚNIOR e NERY, Rosa contrapõe-se a manobras de advogados que visam, realmente, a quebrar o princípio do juiz natural para **escolher** um juiz que decida em conformidade com os interesses de seus clientes. Para tanto, basta a constatação, tão comum nos fóruns fazendários, de mandados de segurança com pedido de liminar em matéria tributária; uma vez concedida a liminar, logo em seguida surgem outros litisconsortes ativos com a intenção de se habilitarem no feito para se beneficiarem dos efeitos da liminar concedida, o que se constitui mesmo em burla à aleatoriedade da distribuição.

⁷⁵⁰ As teorias sobre a condição do terceiro e a distinção com o litisconsórcio estão explicadas no item nº 01 do próximo capítulo.

se der no pólo demandado; **misto**, quando tal se verificar em ambos os lados do processo. Vejamos agora cada uma dessas espécies em particular.

3. Do litisconsórcio facultativo.

Segundo o artigo 46 do CPC, que regulamenta o litisconsórcio facultativo, os requisitos para que duas pessoas possam litigar em conjunto no pólo ativo ou passivo da demanda, estão a depender que: I - entre elas haja comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide; II - os direitos ou as obrigações derivem do mesmo fundamento de fato ou de direito; III - entre as causas haja conexão pelo objeto ou pela causa de pedir; IV - ocorra afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito. Vejamos o sentido e alcance de cada um desses incisos, sem perder de vista que há três fatores principais favoráveis à formação do litisconsórcio facultativo: a conexão de causas, a economia processual e o entrave a que se profiram decisões judiciais conflitantes sobre a mesma matéria.⁷⁵¹

3. 1. Litisconsórcio facultativo por comunhão de direitos ou obrigações relativamente à lide (art. 46, I).

Quem determina a existência da comunhão de direitos e/ou obrigações é o direito material, como se verifica, por exemplo, com o instituto da solidariedade, com o do

⁷⁵¹ CAVALCANTI. Francisco de Queiroz Bezerra. *Inovações no processo civil*. Belo Horizonte: Del rey, 1995, p. 27.

condomínio, composse, casamento.⁷⁵² Mas o importante nessa situação é que havendo comunhão de direitos e/ou obrigações haverá, também, co-titularidade em face da situação de direito material. Quando isso ocorre os litisconsortes, conseqüentemente, serão *co-legitimados* uns em relação aos outros e na prática isso significa que a sentença proferida num tal processo irradiará os mesmos efeitos, quer todos os co-legitimados participem do processo, quer apenas um ou uns.⁷⁵³ Em resumo: havendo co-legitimação a intervenção de todos os participantes da relação jurídica de direito material, ou de apenas algum ou alguns, não ampliará o objeto da ação. Como exemplo dessa situação pode-se recorrer ao caso da cobrança de uma dívida, onde se verifique o litisconsórcio ativo (facultativo), havendo A, B e C sido credores solidários e apenas A e B ingressando em juízo para cobrar o crédito, quer C ingresse no feito, quer não ingresse, a condenação será sempre restrita ao valor devido em solidariedade creditícia, ou seja, se A, B e C são credores solidários de R\$ 1.000,00 basta que um desses credores cobre judicialmente tal importância, que não será, jamais, majorada, pelo simples fato de os outros ingressarem no processo pendente posteriormente. Depois, lembre-se que uma vez paga a dívida pela parte devedora a um credor solidário os demais não mais poderão cobrá-la. Tal é situação disciplinada pelo inciso I, do artigo 46.

3.2. Litisconsórcio facultativo por conexão e afinidade de questões

(art. 46, II, III e IV).

Os incisos II e III do artigo 46 tratam do litisconsórcio derivado da conexão de causas, cuja extensão conceitual (da conexão) deve ser ampliada, no sentido de que: basta haver identidade de causa de pedir, remota ou próxima, para justificar facultatividade

⁷⁵² NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 469.

⁷⁵³ Nas palavras de DINAMARCO: “*É que cada um dos autores (originários ou ulteriores) tem a mesmíssima posição jurídica perante o objeto do processo que a demanda introduzira, pouco importando se esta veio de uma pessoa, duas ou várias; e sendo indiferente que todos hajam demandado desde o início, ou se algum deles ingressou no processo depois*”. Vide *Litisconsórcio*, p. 54.

litisconsorcial; basta que haja identidade entre pedidos mediato ou imediato. Isso não quer dizer que cuidam da mesma situação.⁷⁵⁴ Quando o inciso II disse que a formação do litisconsórcio facultativo pode ocorrer nos casos de os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo *fundamento de fato ou de direito*, referiu-se aí à causa de pedir: remota (fato vinculado ao direito material em discussão, ex: o contrato na ação de despejo); e próxima (fato vinculado ao direito processual, fato que agride ou ameaça de agressão o direito material, ex: o inadimplemento na ação de despejo). Mas este inciso II tratou apenas de um único fato (*idem factum*), não abrangeu, portanto, casos envoltos de *fatos* iguais (*factum simile*), a hipótese aqui versada cinge-se a acontecimento único.⁷⁵⁵

Contudo, quando o inciso III falou de conexão pelo objeto ou pela causa, obviamente quis referir a casos mais amplos de conexão, eis que não restringiu a motivação litisconsorcial ao mesmo fato, ao mesmo fundamento de fato ou de direito. Trata, portanto, de quaisquer casos de conexão (artigo 103). Certo é que não possui importância prática a discussão acerca do enquadramento em incisos de uma dada situação concreta, pois, quer se trate de co-legitimação, quer de conexão, ou afinidade de questões de fato ou de direito, será sempre lícito promover a reunião litisconsorcial facultativa. Não resta dúvida, entretanto, que a situação prevista no inciso II resta envolvida pela do inciso III.⁷⁵⁶

Ainda na vigência no CPC de 1939, a jurisprudência mitigou o rigor hermenêutico quanto ao sentido da expressão *afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito* (hipótese do inciso IV), para admitir a litisconsorciação da forma mais facilitada possível. Hoje o Supremo Tribunal Federal, arrimado na doutrina de Cândido Rangel Dinamarco, considera que ela se vincula à causa de pedir com rigor bem menor que

⁷⁵⁴ Nery Júnior e Rosa Nery expressam opinião de que estes incisos não trataram de situação única: “Entendemos que não retratam as mesmas realidades, mas hipóteses distintas. Isto porque o conceito de conexão é mais amplo do que o CPC 103 pretendeu enunciar”. Op. cit. p. 469.

⁷⁵⁵ “Temos, como exemplo, várias vítimas de um acidente rodoviário: cada uma delas pode propor separadamente sua ação contra o causador do evento; mas também lhes é facultado reunirem-se em litisconsórcio ativo, para propô-las em um só processo porque o fato causador do dano é o mesmo (*idem factum*)”. BARBI, Celso Agrícola, op. cit. p. 159-60.

⁷⁵⁶ “Depreende-se, portanto, de todo o exposto, que a especificação das hipóteses do item II é supérflua, porque os casos ali contemplados – direitos ou obrigações derivadas do mesmo fundamento de fato ou de direito – são abrangidos pelo conceito de conexão descrito no item III”. BARBI, ibidem, p. 160.

o exigido para a caracterização da figura da conexão (artigo 103, CPC).⁷⁵⁷ Significa, então, que para existir o litisconsórcio facultativo basta que exista uma mera afinidade de questões de fato ou de direito, mesmo que tal afinidade não chegue a acarretar a conexão.⁷⁵⁸

3.3. Litisconsórcio facultativo próprio, impróprio (recusável) e multitudinário: o problema da competência após a cisão processual.

O código de processo civil de 1939, no artigo 88,⁷⁵⁹ previa a possibilidade de recusa na formação do litisconsórcio facultativo, dès que não fosse

⁷⁵⁷ Vejamos o posicionamento do STF: Recurso Extraordinário Nº 108.747 – PROCESSO - (Segunda Turma) - Relator: O Sr. Ministro Francisco Rezek - Recorrente: Estado do Paraná - Recorridos: Izidoro Martinez, sua mulher e outros. Ementa: “*Litisconsórcio ativo. Art. 46-IV do Código de Processo Civil. É descabida a recusa do litisconsórcio ativo previsto no art. 46-IV do CPC, salvo quando fundada na impossibilidade legal da cumulação. O dispositivo, ademais, estabelece como requisito do litisconsórcio a afinidade de questões e não os rigores próprios e necessários à caracterização da conexidade*”. Em dado trecho do voto do relator está dito: “*Todo o problema foi examinado sob o exclusivo ângulo do disposto no art. 46-IV do Código. Esta norma, como é curial, inovou a regra similar de lei pretérita, que admitia a recusa do litisconsórcio. Por conta da alteração, a melhor doutrina - que é preponderante - entende descabida a recusa, senão quando fundada na impossibilidade legal da cumulação. Nesse sentido, a monografia de Cândido Dinamarco (Litisconsórcio; São Paulo, R.T., 1984, sobretudo nos n.ºs 12 e 57) e lição de Humberto Theodoro Júnior, para quem “embora não possa haver a pura e simples recusa do litisconsórcio facultativo, permite-se ao réu invocar o art. 125 para evitar, em casos concretos, a quebra do princípio de tratamento igualitário das partes e de andamento célere do processo”. (Processo de Conhecimento; Rio, Forense, 1984, p. 120). O acórdão, todavia, não se deteve na apreciação de causas obstativas do litisconsórcio, nem para tanto foi provocado por meio de embargos declaratórios. Limitou-se a afirmar preenchido o pressuposto estatuído no art. 46-IV do CPC para a cumulação. E, quanto a esse particular, andou bem. Aquele dispositivo estabelece como requisito do litisconsórcio a afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito. Não se exigem, pois, os rigores próprios e necessários à caracterização da conexidade. Leciona Cândido Dinamarco, a propósito do requisito em exame, que a “...afinidade é liame menos intenso que a conexidade, caracterizando-se pela existência de algum quesito comum de fato ou de direito, ‘o qual, aparecendo em todas as causas de pedir (ainda que implicitamente), se apresenta como uma das premissas necessárias para a decisão da causa’”.* (Ob. cit. pág. 58).”

⁷⁵⁸ Assegurando que nesse tipo de litisconsórcio não há necessidade de conexão, temos Pontes de Miranda, comentando o artigo 88 do CPC de 1939, que usava a mesmíssima expressão *ipsis literis* quando regulou o litisconsórcio facultativo nesta modalidade, vejamos: “*A terceira fonte do litisconsórcio é a afinidade de questões devido à existência de ponto comum de direito, ou de fato. Aqui, não há comunhão. Não há, sequer, conexão. Apenas está em discussão um ponto de direito, e a lei facultou que a pluralidade de autores componha a cumulação litisconsorcial*”. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. (de 1939) Vol I. Rio Janeiro: Forense, 1947, p. 340, sem negrito no original.

derivado de conexão de causas e sim da afinidade de questões de fato ou de direito. Então se dizia, naquela vigente ordem processual, que o litisconsórcio facultativo era próprio (conexão), isto é, quando não podia ser recusado, e impróprio (questões de fato e de direito), quando se admitia a recusa.⁷⁶⁰ Como se observa pela leitura do artigo 88 do CPC de 1939, transcrita na penúltima nota de rodapé, em comparação com o atual artigo 46, vê-se que a figura do litisconsórcio facultativo impróprio constitui presença meramente histórica no nosso direito processual civil, não mais sendo possível admiti-lo ou vê-lo presente na atual sistemática.⁷⁶¹

Já o litisconsórcio multitudinário é aquele no qual há um número excessivo de co-litigantes e tanto pode ocorrer na modalidade necessária quanto facultativa. Se se tratar de litisconsórcio necessário não há o que dizer, nem o que fazer, isto é, deve ser admitido sem possibilidade de recusa. O problema surge quando o litisconsórcio é de natureza facultativa, aí a doutrina faz uma distinção no sentido de se saber se se

⁷⁵⁹ Cujas redações eram as seguintes: *Admitir-se-á o litisconsórcio, ativo ou passivo, quando fundado na comunhão de interesses, na conexão de causas, ou na afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito. No primeiro caso, não poderão as partes dispensá-lo; no segundo, não poderão recusá-lo, quando requerido por qualquer delas; no terceiro, poderão adotá-lo, quando de acordo. Parágrafo único. O herdeiro poderá intervir como litisconsorte nas ações em que a herança fôr autora ou ré.*

⁷⁶⁰ A esse respeito vejamos o que dizia Pontes de Miranda: “4) No litisconsórcio facultativo próprio, **que é o da conexão, as partes que suscitaram a lide ou que foram suscitadas, nenhuma obrigação têm de procurar os interessados por conexão no processo. Se, porém, tais interessados requererem o litisconsórcio, não pode ser recusado (...)** 5) **Se há afinidade de questões jurídicas ou de fato, o litisconsórcio é chamado facultativo impróprio. Tem de estabelecer-se por acordo expresso ou tácito dos litigantes...**”. MIRANDA, Pontes de, *Comentários ao código de processo civil*, (de 1939), p. 343, sem negrito no original.

⁷⁶¹ Em relação ao tema, Cândido Rangel explica que, “O nosso código já não contempla essa possibilidade, que o anterior oferecia. O contraste entre as locuções litisconsórcio facultativo próprio e o litisconsórcio facultativo impróprio não foi mais do que um mal entendido da nossa doutrina”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, p. 92. Em sentido contrário tem-se Humberto Theodoro Júnior, entendendo que a lei 8.952/94 ressuscitou a figura do litisconsórcio facultativo recusável. Confira-se *Curso de Direito Processual Civil*, Forense, Vol., I, 28ª edição, p. 110-111. Tal entendimento, todavia, é confrontado pela maioria da doutrina, temos, por exemplo, Arruda Alvim, consignando que: “... no sistema atual, deferiu-se, com exclusividade ao autor o direito de eleger ou não o litisconsórcio, sendo absolutamente irrelevante a vontade, positiva ou negativa, dos réus, tangentemente à formação, ou não, do mesmo... Desta forma, portanto, temos um tipo de litisconsórcio facultativo, em que se deferiu com exclusividade ao autor, a possibilidade de decidir, em formar, ou não, o litisconsórcio. Ao réu, não conferiu a faculdade, de concordar ou não, com tal litisconsórcio.”. Citação extraída de CHEIM JORGE, Flávio, em *Chamamento ao Processo*, RT, 1997, p. 31, que, aliás, considera o caso do litisconsórcio que se forma no caso do chamamento ao processo, como sendo uma exceção a esta regra da irrecusabilidade.

trata de litisconsórcio facultativo unitário (decisão uniforme) ou simples (também dito comum, onde a decisão da causa é distinta para cada co-litigante). No primeiro caso, diz-se que todos os co-partícipes devem ser admitidos, no segundo pode haver a cisão processual. A lei, contudo, não fez referência ao tipo de litisconsórcio facultativo a que se referia, donde é lícito concluir que se aplica tanto ao litisconsórcio unitário quanto ao simples.⁷⁶²

O foco legislativo desta discussão deriva da reforma processual impingida pela lei nº 8952/94, que acresceu o parágrafo único ao artigo 46, dizendo que *o juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. O pedido de limitação interrompe o prazo para resposta, que recomeça da intimação da decisão.*⁷⁶³ É importante que se diga que esta lei não reintroduziu a figura do litisconsórcio facultativo recusável em nosso direito processual, pois o dispositivo em comentário em nada se assemelha com o revogado artigo 88 do CPC de 1939. A lei fez uso do verbo *poderá* para indicar que cabe ao juiz decidir se cinde, ou não, o processo limitando o número de litisconsortes, donde se conclui que não há direito líquido e certo das partes em exigir do juiz tal limitação numérica.⁷⁶⁴ Indubitável, todavia, que o juiz tem o dever de velar pela

⁷⁶² Neste sentido diz NERY JÚNIOR e NERY, Rosa: “A limitação só pode ser efetuada no caso de litisconsórcio facultativo (simples ou unitário)”. Cf. op. cit. p. 470.

⁷⁶³ Esta regra não constitui novidade do direito brasileiro, pois é indiscutível sua inspiração no artigo 103, parte final, do CPC italiano, vejamos: “... Il giudice può disporre, nel corso della istruzione o nella decisione, la separazione delle cause, se vi è stanza di tutte le parti, ovvero quando la continuazione della loro riunione ritarderebbe o renderebbe più gravoso il processo, e può rimettere al giudice inferiori el cause di sua competenza”. IACOBELLIS, Marcello, op. cit. p. 65. Com efeito, Francisco Cavalcanti também menciona o ordenamento italiano quando comenta o assunto: “Alguns ordenamentos jurídicos já expressamente vedam o litisconsórcio facultativo nesses casos. No Direito Positivo italiano, o Código de Processo Civil admite, inclusive, a separação com desmembramento do processo no curso da instrução, ou quando da sentença”. CAVALCANTI, Francisco, op. cit. p. 28.

⁷⁶⁴ Acórdão	RESP 40622/SP ; RECURSO ESPECIAL (1993/0031519-6)
Fonte	DJ DATA:02/05/2000 PG:00155
Relator(a)	Min. JORGE SCARTEZZINI (1113)
Data da Decisão	16/03/2000

rápida solução do litígio (artigo 125) e como a decisão do juiz que denega um tal requerimento é de índole interlocutória, comporta recurso de agravo de instrumento (inexiste interesse processual para o retido).

O parágrafo único do artigo 46 é uma norma dirigida ao réu, ou réus, posto que encerra: *O pedido (na verdade trata-se de requerimento) de limitação interrompe o prazo para resposta, que recomeça da intimação da decisão*, sem, entretanto, deixar de permitir que o juiz determine a cisão processual de ofício. Vê-se que a lei também estipulou o momento processual em que é possível a argüição de excesso de co-litigantes e o mesmo coincide com o exaurimento do prazo para a defesa, ou seja, a argüição de excesso somente é possível dentro desse prazo de defesa. Certo que para o juiz não incide essa limitação temporal, sendo-lhe lícito determinar a cisão processual de ofício: tanto para proporcionar a igualdade processual – se perceber que o número excessivo de litigantes pode dificultar a defesa –; bem como para velar pela rápida solução da lide.⁷⁶⁵ Assim, o juiz pode determinar a cisão processual quer o litisconsórcio verifique-se no pólo ativo, quer no passivo.⁷⁶⁶

Uma regra processual que merece ser lembrada, quando o assunto é a cisão de processos (46, parágrafo único) é a que regula a prevenção. Se, por um lado, a reforma de 1994 permitiu que o juiz cindisse o litisconsórcio facultativo, por outro, foi omissa quanto à questão referente à tramitação

Órgão Julgador	T5 - QUINTA TURMA

Ementa: “(...) 3 - Para o regular e bom desenvolvimento do processo, **pode** o magistrado inadmitir a pluralidade de partes, com pedidos semelhantes e cumulativos, no pólo ativo da relação processual. Impede-se, com isso, o chamado **litisconsórcio multitudinário**, no caso concreto, 107 (cento e sete) autores, que tumultua o feito e causa embaraços ao direito de defesa da parte contrária e a rápida solução do litígio. Inteligência aos arts. 46, I e IV, e 292, parág. 1º, ambos do Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869/73)”.

⁷⁶⁵ Nelson e Rosa NERY restringem esta faculdade judicial apenas para a salvaguarda da rápida solução do litígio (op. cit. p. 470). De nossa parte não enxergamos qualquer óbice à decisão do juiz que manda cindir o processo para preservar o princípio da isonomia, pois se trata de decisão acautelatória com indiscutível dose de justiça processual.

⁷⁶⁶ “Pode e deve o juiz, pois, limitar o litisconsórcio facultativo, **também da espécie passiva**. Poderá fazê-lo em qualquer caso, como os acima indicados, mesmo ex officio, com base no art. 125, I e II do CPC”. CAVALCANTI, Francisco, op. cit. p. 30.

dos feitos que se separam do originário. É que, segundo o artigo 105 do CPC, o juiz deve determinar, de ofício, ou a requerimento da parte interessada, a junção de ações nas quais ocorrer conexão ou continência.⁷⁶⁷ Ora, isso implica em reconhecer que sendo o juiz do feito inicial *prevento* (pelo despacho que ordena a citação, ou pela efetuação da citação válida, ou porque o autor desistiu da ação e a repropôs a depender da hipótese concreta) deverá conhecer dos demais que forem cindidos. E quando o litisconsórcio multitudinário ocorrer em processos contra um único réu, como é comum nas varas de feitos privativos da fazenda pública, a regra da cisão não atingirá sua finalidade prática, no que tange à facilitação da defesa, posto que as procuradorias quando forem intimadas para a apresentação da defesa num desses processos, muito provavelmente, o será, também, para os demais, já que todos estarão apensados e devem, segundo o artigo 105, ser decididos simultaneamente. A decisão simultânea, obviamente, pressupõe que a tramitação também seja simultânea e isso significa que nos feitos de réu único a defesa não será beneficiada se os processos cindidos forem reapensados. Em suma, nesses casos nem a defesa se beneficiará, nem o litígio terá uma solução mais célere que a desejada pela lei. Diferente seria se a lei tivesse aberto uma exceção à regra da prevenção e determinasse que os processos novos fossem distribuídos para outras varas, mas nesse caso correr-se-ia o risco de haver decisões conflitantes.

A única situação prática na qual a cisão pode ocorrer sem maiores problemas relativos à regra da prevenção dar-se-á quando ocorrer antes da prolação do despacho que determinar a citação da parte (competência de juízo) ou da própria citação (competência de foro), pois o órgão julgador nesses casos ainda não é *prevento*. De toda sorte, ocorrendo isso, os feitos cindidos serão redistribuídos, mas aí surge outro problema

⁷⁶⁷ Artigo 105: *Havendo conexão ou continência, o juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pode ordenar a reunião de ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente.*

relacionado com a possibilidade de haver decisões judiciais conflitantes. No caso de o autor repropor demanda da qual desistira anteriormente (artigo 253), entretanto, isso não será possível porque a lei estabeleceu que até mesmo a presença de litisconsortes não participantes da relação processual anterior implicará na competência do juízo pelo qual se operou a desistência.

4. Litisconsórcio necessário:

espécies e a questão da intervenção do co-partícipe ativo.

O litisconsórcio necessário subdivide-se em: 01º- ***necessário por determinação legal***, (também dito propriamente necessário) quando a lei exigir a citação de mais de uma pessoa para figurar num dos pólos da relação processual, por exemplo, como ocorre com a ação de usucapião, onde o 942 do CPC exige que o autor requeira a citação daquele em cujo nome estiver registrado o imóvel usucapiendo, *bem como dos confinantes e, por edital, dos réus em lugar incerto e dos eventuais interessados*;⁷⁶⁸ 02º- ***necessário em decorrência da natureza da relação jurídica***, (também chamado de impropriamente necessário) neste caso a sentença afetará o patrimônio de um terceiro que deve, por isso mesmo, ser citado ainda que a pretensão não se dirija, necessariamente, para tal

⁷⁶⁸ A recorrência à ação de usucapião também é utilizada por Nelson e Rosa NERY para exemplificar o litisconsórcio necessário. Confira-se *Código de processo civil comentado*, p. 471.

patrimônio,⁷⁶⁹ tal ocorre, exemplificativamente, quando a situação fática numa ação de despejo indicar a possibilidade de duplicidade de locatários.⁷⁷⁰

Quanto ao problema da unitariedade, já restou dito acima no item 02 sobre a possibilidade de o litisconsórcio necessário ser não unitário. O direito italiano, por exemplo, não faz distinção entre *necessariedade* e *unitariedade*, mas a doutrina brasileira o faz com louvável êxito. Já o direito português distingue a coligação de partes do litisconsórcio (independentemente de se tratar de litisconsórcio necessário ou facultativo): haverá coligação nos casos de conexidade (causa ou pedido) e afinidade de questões, e haverá litisconsórcio somente quando a decisão for uniforme.⁷⁷¹

No Brasil, em se tratando de litisconsórcio do tipo necessário, a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo (artigo 47). Observe-se que a lei não exigiu a “participação” do litisconsorte, mas, apenas, a sua citação válida de modo que se o litisconsorte, devidamente citado, não participar do processo não será por este motivo que ele será anulado. Pois bem, problema não existe quando o litisconsorte a ser citado se encontra no pólo passivo da demanda, entretanto, quando isso ocorre na polaridade ativa a situação é outra.

⁷⁶⁹ Numa dessas hipóteses o STF, em decisão publicada no DJ -- Data-26-10-84, PG-18000 - EMENTÁRIO DO STF VOL-01355-03 PG-00467 -- RTJ VOL-00111-03 PG-01280, ofereceu o seguinte conceito para este tipo de litisconsórcio necessário: Ementa: “*Mandado de segurança. Complexidade dos fatos. Litisconsórcio necessário. I. A complexidade dos fatos não exclui o caminho do mandato de segurança, desde que todos se encontrem comprovados de plano. II. O litisconsórcio necessário, a conta da natureza da relação jurídica, tem lugar se a decisão da causa propende a acarretar obrigação direta para o terceiro, a prejudicá-lo ou a afetar seu direito subjetivo*”.

⁷⁷⁰ Neste sentido o TJSP, decidiu: Ementa – “*Litisconsórcio necessário - Natureza da relação jurídica – Caracterização. A situação fática, demonstrada documentalmente pode caracterizar a duplicidade de locatários, implicando em solidariedade e, ainda, em litisconsórcio necessário*”. Confira-se: ap. 153.866 - 3ª câm. - rel. Juiz Roberto Grassi - j. 1º.2.83, in JTA (Saraiva) 80.285. Observe-se que nada obstante a lei do inquilinato determinar a formação do litisconsórcio necessário em tais casos, este tribunal entende que a sua formação decorre, outrossim, da natureza da própria relação jurídica de direito material, vejamos: “*Despejo - Pluralidade de locatários - Ocorrência de litisconsórcio necessário - Solidariedade prevista no artigo 2º, da Lei 8.245.91. Afastada a solidariedade prevista no artigo 2º da Lei 8.245, diz respeito às obrigações patrimoniais decorrentes do contrato de locação; entretanto, no que tange ao pedido de despejo, há de prevalecer as regras de direito processual (artigo 47, caput, do Código de Processo Civil), eis que trata-se de litisconsórcio necessário decorrente da própria natureza da relação ex-locato*”.

⁷⁷¹ Para Cândido Rangel Dinamarco: “... os casos de litisconsórcio no direito lusitano, excluem aqueles em que a cada um dos parceiros é possível dar sorte diversa da dos demais, sem grave incoerência prática ou mesmo lógica”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, p. 116.

Estaremos aí diante do seguinte entrave: de um lado não se pode obrigar ninguém a litigar, já que o demandante autor possui a faculdade de ingressar em juízo se quiser; por outro lado, e isto foi já ressaltado por Nery Júnior e Rosa Nery, tal comportamento de um litisconsorte que não quer litigar não pode prejudicar àquele que o pretende. O problema reside em como efetivar um tal processo sem causar nulidade, já que a lei não tratou da matéria. A solução apontada por Nery Júnior e Rosa Nery é no sentido de se determinar a citação do litigante inerte para que integre o pólo passivo da demanda.⁷⁷²

Parece correta a orientação de se determinar a citação do litisconsorte-ativo-inerte, mas não para que integre o pólo passivo. Ora, de acordo com o artigo 213 do CCP a citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender, o que demonstra que a lei permitiu que não apenas o demandado pudesse sofrer o ato citatório, mas, também, o interessado. Analogicamente pode-se recorrer ao exemplo da denunciação da lide, quando ela se verifica no pólo ativo da relação processual, pois nesse caso o artigo 74 diz que: *Feita a denunciação pelo autor, o denunciado, comparecendo, assumirá a posição de litisconsorte do denunciante e poderá aditar a petição inicial, procedendo-se em seguida à citação do réu.* Esta situação coaduna-se com o instituto do litisconsórcio⁷⁷³ e deve ser aplicada quando o litisconsorte-ativo-inerte recusar-se a demandar, mas situando-se ele (litisconsorte) no lado ativo do processo e não no passivo, pois não seria razoável pensar-se que pudesse sofrer os efeitos da revelia.⁷⁷⁴ Porém, e ainda recorrendo à construção analógica da

⁷⁷² Assim dizem: “Deverá movê-la, sozinho, incluindo aquele que deveria ser seu litisconsorte ativo, no pólo passivo da demanda, como réu. Citado, passa a integrar de maneira forçada a relação processual. A sentença será dada em relação a ele e produzirá normalmente seus efeitos”. NERY JÚNIOR e NERY, Rosa, op. cit. p. 472.

⁷⁷³ Embora o denunciado da lide não seja litisconsorte do denunciante na demanda principal, mesmo que o texto do CPC diga que é, como será comprovado no próximo capítulo.

⁷⁷⁴ A propósito, o STJ tem admitido a denunciação da lide em face do litisconsorte, vejamos: Acórdão do Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 8.185-SP. (Reg. nº 91.2401-5). Relator: O Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos. Ementa: “Processual Civil. Denunciação da lide. Litisconsorte passivo. Nada obsta a denunciação da lide requerida por um réu contra outro, porque somente assim se instaura

**denúnciação da lide, deve-se levar em conta o teor do artigo 71, para que a
citação do litisconsorte-ativo-inerte ocorra antes da citação do réu, posto
que o direito de aditar a petição inicial deve-lhe ser concedido.**

A problemática da participação do litisconsorte-ativo-inerte remonta ao direito português medieval, posto que as ordenações Afonsinas já previam tal situação, com realce para o detalhe de que a *participação* do litisconsorte necessário devidamente citado não era imprescindível, mas sim, e apenas, a sua *citação*, como acontece com o artigo 47 do CPCB, que também não exige a participação do litisconsorte necessário, mas apenas a sua citação, frise-se. As Afonsinas, no que foram seguidas pelas Manuelinas, expressamente previram tal situação e resolveram a questão com o suprimento do consentimento pelo juiz. Assim, ocorria que se o marido quisesse litigar e a sua mulher não, bastava que ele requeresse autorização judicial ao juiz de onde fosse o casal residente para litigar sozinho (à mulher tal também era lícito).⁷⁷⁵

entre eles a lide simultânea assecuratória do direito regressivamente postulado". Para melhor compreender-se o alcance da ementa, vejamos o relatório e o voto deste acórdão: RELATÓRIO: O EXM^o. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (RELATOR): - "*Em ação revocatória proposta pela Massa Falida de Pitex Piarritz Têxtil Ltda, um dos réus, Centro de Pastoral Vergueiro, ao contestar, requereu a denúnciação da lide de outro promovido, Antonio Romano, que lhe havia alienado direito a uma linha telefônica reivindicada pela autora. Denegado seu pedido em primeiro e segundo graus ordinários de jurisdição, neste recurso especial, com fundamento na letra "a", do comando constitucional aplicável, aponta contrariedade aos arts. 1.116 do Código Civil e 70, I, do C.P.C. A douta Subprocuradoria-Geral da República opina pelo conhecimento e provimento do recurso. Relatei. VOTO. O EXM^o. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (RELATOR): A denúnciação, no caso, é obrigatória, e mesmo que doutrina e jurisprudência mitiguem essa compulsoriedade, as dúvidas e vacilações da jurisprudência acerca das conseqüências da não denúnciação podem ser fatais para o direito do denunciante. Com efeito, a conseqüência lógica da falta das providências estabelecidas no art. 1.116 do estatuto civil e do art. 70, I, da lei processual de regência, é a perda do direito de regresso. Por outro lado, as razões dos órgãos da jurisdição ordinária não me convenceram. O fato de o denunciado ser réu na ação não afasta a possibilidade de figurar no pólo passivo em outra relação processual paralela, cuja instauração é direito do denunciante. A celeridade das ações falimentares em benefício da massa, de outra parte, não constitui motivo de relevância jurídica, a ponto de sacrificar o direito de um dos litigantes. O Sr. Subprocurador, Dr. Nelson Parucker, em sua promoção, com base em valiosas opiniões, conclui pela obrigatoriedade da denúnciação, no que estou de acordo. De harmonia com os fundamentos alinhados, concluo pronunciando-me pelo conhecimento e provimento do recurso. É como voto*".

⁷⁷⁵ Dizia a lei: "*E acontecendo que o marido queira demandar em Juizo algu~us bens de raiz proprios , ou de foro , tributos , rendas , ou penfo~es , como dito he , e fua mulher lhe nom quifer dar pera ello confentimento, nem fazer Procurador pera tal demanda , elle a poderá per fi foo fazer , auendo primeiramente auctoridade dos Juizes donde forem moradores , aos quaes Nós Mandamos que lha dem, fendo certos , que a dita fua molher lhe nom quer dar o dito confentimento , e que elle he tal , que poderá , e faberá fazer a dita demanda bem , e verdadeiramente fem malicia , e por feu proueito , e da dita molher : e efta maneira fe terá quando o marido nom quifer demandar , e a molher o quifer fazer ,*

De modo similar, o processo civil brasileiro trata do problema no artigo 11, que, aliás, não é pacífico tratar de caso de litisconsórcio, registre-se, dizendo que a autorização do marido e a outorga da mulher podem suprir-se judicialmente, quando um cônjuge a recuse ao outro sem justo motivo, ou lhe seja impossível dá-la. O código de processo civil de 1939 continha procedimento especial para o suprimento da autorização genérica (artigos 625-628), incluindo o caso ora enfrentado. O atual, apesar de não dispor expressamente sobre o assunto, permite a utilização do procedimento de jurisdição voluntária dos artigos 1103-1111.⁷⁷⁶ Parece-nos, contudo, que a melhor e mais célere solução não consiste na opção do suprimento através de procedimento específico para tal, pois isso implica numa perda de tempo considerável. A via do rito administrativo dos artigos 1103-1111 exige, também, a citação (artigo 1105) dos interessados, além da intervenção do representante do Ministério Público, o que implica em perda de tempo desnecessária, posto que tudo restará simplificado se a citação do co-litigante ativo for pleiteada no mesmo processo antes da citação da parte ré, tudo em obséquio ao princípio da instrumentalidade das formas. Certo, entretanto, que a validade do processo está a depender da ciência da parte interessa com oportunidade de que exerça, se quiser, o seu direito subjetivo. No caso específico do marido e da mulher a falta, não suprida pelo juiz, da autorização ou da outorga, quando necessária, invalida o processo (parágrafo único do artigo 11).⁷⁷⁷

auendo primeiramente a dita auctoridade , a qual lhe ferá outorguada com as qualidades fufo ditas". Sobre o litisconsórcio necessário entre cônjuges ver: ORDENAÇÕES MANUELINAS. Livro III. Lisboa: Caloustre Gulbenkian, 1984, p. 113-117. ORDENAÇÕES AFONSINAS. Livro III. Lisboa: Caloustre Gulbenkian, p. 154-160.

⁷⁷⁶ BARBI, Celso, op. cit. p. 82-3.

⁷⁷⁷ Pontes de Miranda, comentando o parágrafo único do artigo 11, fala expressamente em litisconsórcio: "*No parágrafo único, estabelece-se que ambos os cônjuges serão necessariamente citados para as ações reais imobiliárias. As ações possessórias de bens imóveis são ações reais imobiliárias. Tanto se há de cogitar de ações possessórias com **litisconsórcio necessário ativo** (artigo 10: 'sobre bens imóveis ou direitos reais sobre imóveis alheios') quanto em ações possessórias com litisconsórcio passivo (art. 10, parágrafo único)". MIRANDA, Pontes. *Comentários ao código de processo civil* (de 1973). Vol I, p. 272. Também Nelson e Rosa Nery, comentando o § 1º do artigo 10 do código de processo civil, admitem o litisconsórcio: "**Litisconsórcio necessário**. Ao contrário do regime do caput, aqui é caso de litisconsórcio necessário em virtude lei...". Vide op. cit. p. 408.*

5. Litisconsórcio necessário: a *exceptio plurium litisconsortium*, a intervenção *jussu judicis* e a *adcitação*. A opinião de Dinamarco, Pontes de Miranda e a jurisprudência.

A forma de se apontar ao juiz o co-legitimado indispensável ao processo é denominada na doutrina de *exceptio plurium litisconsortium*, é a parte quem deve requerer e indicar ao juiz o nome e a qualificação (artigo 2º e 282 do CPC). Já a determinação, de ofício, do juiz mandando proceder-se com a citação do terceiro é denominada de intervenção “*jussu judicis*”. Tal é possível no ordenamento italiano, onde o artigo 107 do CPCI claramente diz: “*Intervento per ordine del giudice – Il giudice, quando ritiene opportuno che il processo si svolga in confronto di un terzo al quale la causa è comune, ne ordina l’intervento*”.⁷⁷⁸ No Brasil, todavia, a citação não pode ser determinada de ofício pelo juiz, aqui incide a regra do parágrafo único do artigo 47, no sentido de que quando o juiz verificar que a parte autora não pediu a citação de um litisconsorte necessário (ao facultativo isso não se aplica, logicamente)⁷⁷⁹ deve ele, então, ordenar ao autor que promova a citação (de todos os litisconsortes necessários), dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo.

Algo diferente ocorre com a *adcitatio germânica*, que se constitui numa forma de se chamar ao processo, através da citação, quem ali não estava no ato da propositura da demanda. Destina-se ao chamamento de litigante não necessário, mas reputado útil por quem o faz. Sem ele o processo continuaria válido.⁷⁸⁰ A *adcitatio*, como meio de extensão da coisa julgada a terceiros não participantes da demanda, foi banida do direito alemão e na

⁷⁷⁸ IACOBELLIS, Marcello. *Codice di procedura civile e legge complementari*, p. 66.

⁷⁷⁹ Em relação ao facultativo, Cândido Rangel Dinamarco chega a prever que a maneira de o juiz determinar a sua formação resume-se ao caso de ações conexas, com base no artigo 105 do CPC.

⁷⁸⁰ Sobre este instituto Cândido Rangel Dinamarco anota que: “A *adcitatio* destina-se a ampliar subjetivamente o processo, com a inclusão de outra parte, não necessária, mas cuja presença é reputada útil e conforme com interesses de quem a provoca. A falta de integração do terceiro no feito não tem para o autor, aqui, aquela grave consequência que teria no caso da *exceptio plurium litisconsortium*”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, p. 226.

opinião de Cândido Rangel não pode ser aplicável ao nosso sistema processual. Opinião distinta, e merecedora de adoção em razão do grau de pragmatismo, apresentou Pontes de Miranda no sentido de que o juiz pode ordenar de ofício a citação. Entretanto, esta opinião não se coaduna com a sistemática do atual CPC, em virtude da referência expressa do parágrafo único do artigo 47, que impõe ao juiz o dever de, ao invés de mandar citar de ofício, intimar o autor para que ele requeira a citação, o que se deve ao princípio do dispositivo insculpido nos artigos 2º e 262 (parte primeira), não se aplicando a parte final deste último artigo ante à limitação do impulso oficial que decorre do princípio dispositivo.⁷⁸¹ De toda sorte e a despeito do parágrafo único do artigo 47 do código de processo civil, deve o juiz ordenar a citação do litigante necessário não presente no feito, pois, para a hipótese, deve prevalecer o princípio da utilidade do processo coadunado com o da instrumentalidade das formas. A citação do terceiro necessário determinada pelo juiz não causa prejuízo processual a nenhum dos contendores, ao contrário, evita nulidade.

Embora o problema da recusa do litisconsorte ativo represente um obstáculo ao exercício do direito de ação,⁷⁸² não chega, todavia, a ser uma causa impeditiva do acesso à justiça em face de quem queira demandar, seja em razão da possibilidade de suprimento do consentimento, ou simplesmente pela citação o que parece mais razoável. A jurisprudência do TJDF aponta para este sentido, isto é, de que nesses casos deve haver citação do litisconsorte inerte em conformidade com o parágrafo único do artigo 47.⁷⁸³

⁷⁸¹ De toda sorte vejamos a opinião de Pontes de Miranda, que consta dos comentários ao CPC de 1973: “Frise-se: a *exceptio plurium litisconsortium* é de direito material; não existia tal exceção no direito processual (Rudolf Pollak, *System*, 197). O código de 1939, volveu à *adcitação* do direito comum. O demandante não podia obrigar outrem a demandar. O princípio era o de que ‘só é parte quem quer’. A própria denúncia da lide (arts. 70-76) não chega a merecer o nome: é convite ainda que a não comparência tenha efeitos. Assim, hoje, o autor ou o réu pode pedir a citação; **o juiz pode ordenar, de ofício, a adcitação**. Os juízes têm de estar atentos à imensa transformação. *Exceção plurium consortium*, no direito processual, e de ofício”. MIRANDA, Pontes de. Comentários ao CPC. Forense, 1996, p.46, sem grifos e negrito no original.

⁷⁸² Veja-se a opinião de Cândido Rangel Dinamarco: “Firmemente excluída a possibilidade de figurar alguém no pólo ativo da relação processual sem o concurso de sua própria vontade, a necessidade do litisconsórcio ativo importa em **pesadíssima restrição** à garantia constitucional da ação: o legitimado que quer demandar não é admitido a fazê-lo individualmente, nem pode compelir o co-legitimado a litigar em conjunto com ele, ficando com isso impedido de trazer ao Poder Judiciário a pretensão de que é titular (Const., art. 5º, inc. XXXV)”. DINAMARCO, Cândido Rangel. Litisconsórcio. Malheiros, 1997, p. 231.

⁷⁸³ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. APC - Apelação Cível. Número: 0025338 ano: 91 UF:DF - Distrito Federal. Reg.int.proces.: 58.661. Apc0025338. Decisão: 02.04.92. Órgão julg.: 62 -

6. O litisconsórcio unitário.

Defesa apresentada em litisconsórcio simples e aproveitamento aos demais.

O litisconsórcio unitário deriva da natureza do respectivo direito material, depende da *incidibilidade* da relação material posta em discussão. E não apenas isso, a unitariedade somente ocorrerá se a incidibilidade da relação primário-material estiver situada no centro do pedido, se for referente apenas aos motivos da sentença não haverá unitariedade, pressupõe, portanto, vinculação com a decisão “*principaliter*”.⁷⁸⁴ O litisconsórcio unitário não impede a desistência da ação, desde que se trate de litisconsórcio facultativo e que se obedeça à regra do § 4º do art. 267, se a demanda for do tipo cognitiva, ou que se obedeça à regra do artigo 569, se se tratar de tutela executória.⁷⁸⁵

Um dos problemas vinculados ao litisconsórcio unitário refere-se aos recursos. É que em conformidade com o art. 509, há uma regra que diz que o recurso de um aproveita aos demais (será unitário), e uma exceção que ressalva: salvo se distintos ou opostos os seus interesses (será comum). No primeiro grau, entretanto, esta regra também possui aplicação. A doutrina costuma dizer que o art. 48 do CPC, por mencionar que os atos e omissões de uns não aproveitam nem prejudicam os demais, que devem ser considerados como litigantes distintos, seria um dispositivo adstrito ao litisconsórcio simples. Isso,

Segunda turma cível. Relator: Desembargador Manoel Coelho. Decisão: Dar provimento parcial ao recurso para anular-se o processo a partir da fase citatória. Decisão unânime. Ementa: “*Ação de despejo de imóvel residencial para uso de ascendente proposta pelo proprietário não locador. Necessidade da formação do litisconsórcio ativo entre proprietário e locador. Anulação do processo até a citação. Se o proprietário somente pode postular a retomada se for o sujeito ativo da relação locatícia e se o locador, sem os títulos a que se refere o inc.3, do art.52, lei 6649.1979, não está legitimado para retomar o imóvel, a demanda há de ser proposta mediante litisconsórcio necessário ativo entre locador e proprietário. Assim, anula-se o processo até a citação. Para que, no primeiro grau se promova a integração da lide, nos termos do art.47, par. único, CPC*”. Grifamos.

⁷⁸⁴ “Diferem, por exemplo, o pedido de declaração de nulidade de um contrato plurissubjetivo e os diversos pedidos de condenação a pagar prestações com base no contrato. No primeiro caso, a decisão há de ser homogênea para os litisconsortes, sob pena do absurdo já referido em linhas anteriores. No segundo a validade ou nulidade do contrato (e a consequência de existir ou não uma relação entre as partes) é apenas um ponto que figura causa petendi ou nos fundamentos da defesa, projetando-se depois nos motivos da sentença”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, p. 137.

⁷⁸⁵ Mas sempre se observando a limitação do artigo 573.

necessita um melhor esclarecimento. É que há casos em que mesmo que se trate de litisconsórcio simples um ato praticado por um co-litigante pode aproveitar aos demais, basta não perder de vista que o artigo 320 disse que a revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação.

Ponderemos os posicionamentos: em princípio pode-se imaginar que num litisconsórcio simples a defesa apresentada por um demandado apenas aproveitará a ele mesmo, mas nem sempre isso ocorre. Para tanto, é preciso esclarecer, com recurso a um argumento de Pontes de Miranda, se a defesa apresentada é direta ou indireta, isto é, se ataca o direito material ou o processual. No primeiro caso é correto afirmar-se que os atos de uns não aproveitam aos demais. Já no segundo é possível que aproveite nada obstante tratar-se de litisconsórcio simples. Vislumbra-se que num processo litigue A contra B, C e D, em litisconsorciação comum e que, apesar de todos terem sido legalmente citados, apenas B apresente sua defesa e alegue, em preliminar, a ilegitimidade *ad causam* ativa. Ora, fica claro que mesmo não se tratando de litisconsórcio unitário, quanto ao mérito, a defesa apresentada, quanto ao processo, aproveitará aos demais, se, por exemplo, o juiz acolher a defesa e com base no artigo 295, c/c 267, I e VI, extinguir o processo sem julgamento do mérito.

CAPÍTULO 10

INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

1. O conceito de terceiro.

Há duas principais teorias que tentam distinguir o instituto da intervenção de terceiros do litisconsórcio: 1º- tem-se a teoria *cronológica*, pela qual o terceiro adquire a condição de parte a partir de seu ingresso no processo; 2º- tem-se a teoria da *substantividade* do direito em lide, pela qual terceiro é aquele que não possui condição de titular do direito material. Mas ambas sofrem críticas porque não conseguem enquadrar todas as hipóteses legais, vejamos: em relação à teoria cronológica, o litisconsorte que ainda não ingressou (terceiro, portanto), ao ingressar não é tratado por nenhuma das formas de intervenção de terceiros, outrossim, continua a ser tratado como litisconsorte; em relação à teoria da substantividade, se terceiro fosse sempre quem não participou da relação de direito material o instituto do chamamento ao processo restaria não explicado, pois nele o terceiro efetivamente participa do liame jurídico material como fica bem claro no exemplo

de devedores solidários onde o credor pode demandar apenas um deles. Mas o demandado neste caso pode manejar o chamamento ao processo para trazer os demais ao litígio judicial (artigo 77, III).⁷⁸⁶

Pode-se, então, adotar o conceito de terceiro fornecido por Cândido Rangel Dinamarco, considerando-se como tal aquele que não sendo parte na causa, não foi ainda citado nem interveio de forma voluntária e nem sucedeu a qualquer dos litigantes.⁷⁸⁷ O terceiro, considerado em relação ao processo pendente, pode ser: juridicamente *indiferente* – “o terceiro que é sujeito de uma relação compatível na prática com a decisão pronunciada entre as partes, mas que dela pode receber um prejuízo **de fato**”;⁷⁸⁸ juridicamente *interessado* – “O terceiro que é sujeito de uma relação na prática incompatível com a decisão”. A esta classificação Cândido Rangel acrescenta ainda o terceiro de fato indiferente, isto é, todos os que não sofrem qualquer efeito (fático ou jurídico) da sentença. Há espécies de terceiros que sofrem diretamente os efeitos da

⁷⁸⁶ Por conta disso Cândido Rangel Dinamarco tenta relativizar estas teorias já que nenhuma delas serve para todas as hipóteses, vejamos os seus argumentos: “a)- a se tomar por terceiro todo aquele que não é parte no processo, ter-se-á que a intervenção é o ato através do qual ele ingressa neste (tal é o conceito cronológico), deixando de sê-lo para fazer-se parte. Mas nos casos de litisconsórcio necessário ulterior ou de intervenção litisconsorcial voluntária (não assistência litisconsorcial) é isso mesmo que se dá e as espécies situam-se na teoria do litisconsórcio, não na da intervenção; b)- se terceiro fosse quem não tivesse titularidade da relação jurídica substancial posta como objeto do processo, mas de outra (critério jurídico-material), ficaria sem explicação o chamamento ao processo como forma de intervenção de terceiro: o coobrigado solidário torna-se parte passiva da relação processual, sendo também parte legítima ad causam, tanto quanto o réu que o chama”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, p. 33.

⁷⁸⁷ “... todo sujeito permanece terceiro em relação a dado processo enquanto não ocorrer, com relação a ele, um dos modos pelos quais se adquire a qualidade de parte”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Ibidem*, p. 26. Na Itália a intervenção do terceiro vem regulada, inicialmente nos seguintes termos: “Costituzione del terzo interveniente. – Per intervenire nel processo a norma dell’articolo 105, il terzo deve costituirsi presentando in udienza o depositando in cancelleria una comparsa formata a norma dell’articolo 167, con le copie per altre parti, i documenti e la procura. Il cancelliere dà notizia dell’intervento alle parti, se la costituzione del terzo non è avvenuta in udienza”. Ou seja: “Constituição do terceiro interveniente. Para intervir no processo de acordo com a norma do artigo 105, o terceiro deve constituir-se apresentando em audiência ou depositando em cartório sua petição formada de acordo com a norma do artigo 167, com as cópias para as outras partes, os documentos e a procuração. O escrivão dará notícia da intervenção às partes, se a constituição do terceiro não aconteceu em audiência”. IACOBELLIS, Marcello. *Codice di procedura civile e legge complementari*. Editora Esselibri – Simone. Nápoles, 1998, p. 104.

⁷⁸⁸ Ap. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 19. Consultando a obra de Liebman, encontra-se a sua assertiva sobre o efeito da intervenção consistente na aquisição da qualidade de parte: “Em todos os casos, como se verá, a intervenção faz com que o terceiro adquira a qualidade de parte, com todas as consequências que dela derivam, pois ela importa em propositura de uma ação do terceiro contra uma ou ambas as partes, ou destas contra ele. Entende-se que esse efeito se produz, na intervenção coacta, mesmo que o terceiro permaneça ausente (contumaz)”. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, p. 111.

sentença, são eles os sucessores e co-titulares de obrigações solidárias. E há os atingidos indiretamente pela sentença, como, por exemplo, o assistente e o oponente.⁷⁸⁹

O CPC admite a intervenção do terceiro tanto na modalidade voluntária quanto na forçada. Enquadram-se na primeira hipótese o assistente (tanto o simples quanto o litisconsorcial, artigos 50-55); o oponente (artigos 56-61); o terceiro-embargante (artigos 1046-1054). Inserem-se na segunda: o nomeado à autoria (artigos 62-69); o denunciado da lide (artigos 70-76) e o chamado ao processo (artigos 77-80). Esta classificação, quando agrupou as espécies interventivas as considerou como *forçadas* em razão do terceiro, que, por exemplo, denunciado da lide deverá vir ao processo independentemente de sua vontade, sob pena de arcar com os ônus decorrentes da ausência. Isso deve ser esclarecido, porque é possível efetuar uma classificação levando-se em conta o fator da facultatividade verso a obrigatoriedade, tendo como objeto de análise a parte e não o terceiro. E sob este aspecto ficam excluídas as intervenções dependentes da iniciativa do terceiro, são elas: a assistência; a oposição e os embargos de terceiros. Das restantes, são facultativas: a denunciação da lide⁷⁹⁰ e o chamamento ao processo. É obrigatória apenas a nomeação à autoria.

Nem todas as espécies de intervenção de terceiros importam no pagamento de custas processuais, o código de processo civil disse, pelo artigo 34, que apenas a oposição está sujeita às disposições constantes da seção geral pertinente ao pagamento de despesas processuais.⁷⁹¹

A sistemática brasileira atual da intervenção de terceiros foi formulada com forte inspiração no processo civil português, e como os portugueses simplificaram deveras as modalidades interventivas, através da grande reforma ocorrida em Portugal no ano de 1995, parece importantíssimo situarmo-nos de maneira atualizada, sobretudo, procedendo com um breve estudo de direito comparado para não cometermos o mesmo equívoco de alguns autores brasileiros que continuam a fazer referências a institutos já não mais

⁷⁸⁹ Ibidem, p. 19.

⁷⁹⁰ Cujos fundamentos sobre a sua facultatividade serão adiante detalhados.

⁷⁹¹ Art. 34 - *Aplicam-se à reconvenção, à oposição, à ação declaratória incidental e aos procedimentos de jurisdição voluntária, no que couber, as disposições constantes desta seção.*

existentes e a mencionar artigos do código de processo civil lusitano que, depois da reforma, dedicam-se a temas distintos dos apontados.⁷⁹²

1.1. Da intervenção de terceiros em Portugal.

O Decreto-Lei n.º 329-A, de 12 de dezembro de 1995, procedeu com uma profunda reforma no código de processo civil português, tendo a intervenção de terceiros recebido o tratamento a seguir esquadrinhado. Após esta reforma o CPC português sofreu mais três alterações legislativas sempre com intuito de simplificar as formas processuais, a primeira delas, após a de 1995, ocorreu no ano de 1996, por meio do Decreto-Lei n.º 180/96, de 25 de Setembro. Depois, em 1999, o Decreto-Lei n.º 375-A, de 20 de setembro, procedeu com outras alterações processuais dando-se ênfase, desta vez, à questão recursal, mas sem guardar pertinência com a intervenção de terceiros.⁷⁹³ E em 10 de agosto de 2000, o Decreto-Lei n.º 183/2000, alterou os artigos 141.º, 143.º, 150.º, 152.º, 181.º, 233.º, 236.º, 237.º, 238.º, 239.º, 240.º, 244.º, 245.º, 252.º-A, 257.º, 467.º, 474.º, 476.º, 522.º-B, 522.º-C, 556.º, 557.º, 568.º, 580.º, 588.º, 621.º, 623.º, 629.º, 630.º, 639.º-A, 646.º, 651.º, 690.º-A e 796.º do Código de Processo Civil, não modificando, portanto, o tema objeto de nossa análise momentânea.⁷⁹⁴

A intervenção de terceiros encontra-se regulada no livro III (Do processo), capítulo III (Dos incidentes da instância), secção III – (Intervenção de terceiros). Esta secção é subdividida assim: SUBSECÇÃO I - Intervenção principal
Divisão I - Intervenção espontânea Artºs 320º a 324º - Divisão II - Intervenção provocada Artºs

⁷⁹² Os livros de Celso Agrícola Barbi e Moacyr Amaral Santos, por exemplo, mencionam o artigo 330º do CPCP como o dispositivo que trataria do *chamamento à demanda*, quando, após a reforma, os casos inseridos neste instituto são regulados pelo artigo 320º.

⁷⁹³ Confira-se <http://www.oa.pt/cdj/cpc/dl375.html>, site da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, onde se encontra o texto do dito decreto em conformidade o visto e aprovação do Conselho de Ministros de 18 de Agosto de 1999, por *António Manuel de Oliveira Guterres* e *José Eduardo Vera Cruz Jardim*. Promulgado em 17 de Setembro de 1999.

⁷⁹⁴ Sobre esta última reforma, veja-se: <http://www.oa.pt/cdj/cpc/dl183.html>

325º a 329º - SUBSECÇÃO II - Intervenção acessória
Divisão I - Intervenção provocada Artºs 330º a 333º - Divisão II - Intervenção acessória do
ministério público Artº 334º - Divisão III - Assistência Artºs 335º a 341º - SUBSECÇÃO III -
Oposição - Divisão I - Oposição espontânea Artºs 342º a 346º - Divisão II - Oposição
provocada Artºs 347º a 350º - Divisão III - Oposição mediante embargos de terceiro Artºs 351º
a 359º. Esta é a regulamentação atual da intervenção de terceiros no direito português.

A sistemática portuguesa é bem mais simplificada que a brasileira, pois é subdividida em dois gêneros: **principal e acessória**. O terceiro pode intervir num processo pendente, desde que demonstre interesse em: 01- ser alcançado pelos efeitos da coisa julgada (caso julgado, como se diz em Portugal), ou; 02- opor-se ao julgamento da causa em favor de uma das partes. Qualquer das partes pode chamar a juízo o terceiro quando pretender incluí-lo sob a eficácia da sentença, neste caso o terceiro adquirirá a condição de parte na demanda, mas a espécie de parte cujo status adquirirá (se principal ou acessória) depende da posição que ele ocupará no processo: em pretendendo apenas auxiliar, coadjuvar uma das partes, tratar-se-á de intervenção acessória; mas será parte principal se pretender defender um direito próprio, ou se uma das partes reclamar o reconhecimento de um direito em face do terceiro ou exigir-lhe o cumprimento de uma prestação.⁷⁹⁵

Este tratamento generalizado é bem mais eficaz que o brasileiro na medida em que simplifica o *modo* de se requerer e se denominar a intervenção. O CPCB de 1973, tentou, sem sucesso algum, como adiante se verá, seguir o caminho contrário tipificando todos os tipos interventivos. No Brasil, chega-se a exigir a utilização do instituto do chamamento ao processo (artigo 77) para se trazer ao litígio um devedor solidário. E quando a finalidade for alcançar uma indenização regressiva decorrente de dever legal ou contratual, requer-se a recorrência ao instituto da denunciação da lide (artigo 70). Este detalhamento excessivo em nada ajuda na prestação jurisdicional, pois se imagine que alguém requeira o chamamento quando a hipótese for de denunciação da lide, que deve o juiz fazer? Se a resposta for no sentido de que o magistrado deve indeferir o requerimento pela sua *inadequação*, além de embaraçar a tentativa eleita pelo advogado (equivocado em

⁷⁹⁵ SOUZA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 174-5.

face da dogmática brasileira), importará, também, numa negativa de vigência aos princípios da instrumentalidade do processo⁷⁹⁶ e da fungibilidade. Se a resposta for no sentido de que não se deve indeferir o requerimento simplesmente pela sua inadequada formulação, em face da invocação dos dois princípios supra, pode-se indagar: então para quê tanta minudência se a formulação equivocada atingirá sua finalidade essencial? Passemos, então, a estudar cada uma das espécies brasileiras de intervenção de terceiros.

2. Da assistência:

conceito, procedimento interventivo e o problema da alienação da coisa litigiosa.

A assistência é uma espécie de intervenção voluntária de terceiros cujo requisito de admissibilidade é a demonstração de *interesse jurídico*, por parte do terceiro, em que a sentença seja favorável a uma das partes litigantes. Além do que já se falou quando foi abordado o problema da distinção deste instituto com o litisconsórcio, um fator a mais que diferencia a ambos encontra-se na própria lei: quando o artigo 50 disse que o interesse jurídico do assistente significa a obtenção de uma sentença favorável a uma das *partes*,⁷⁹⁷ deixou bastante esclarecido que o assistente, logicamente, não é parte; logo, se parte não é, também não é litisconsorte, que como já vimos detém o status de parte; depois, quando este mesmo artigo disse, agora pelo parágrafo único, que o assistente pode ingressar no processo pendente a qualquer tempo e grau de Jurisdição,⁷⁹⁸ também, mais uma vez, o diferenciou do

⁷⁹⁶ Artigo 154: *Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.* E artigo 244: *Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.*

⁷⁹⁷ Óbvio, é que o assistente não pode coadjuvar a ambas as partes, ou assiste a quem figura no pólo ativo, ou a quem figura no pólo passivo.

⁷⁹⁸ Theotonio Negrão lembra com muita propriedade que quando o processo já tramita pela segunda instância o pedido de assistência deve ser apreciado e decidido no segundo grau mesmo, como consta em: TFR-1ª Turma, Ag 55.714-BA, rel. Min. Carlos Thibau, negaram provimento, v.u., DJU 12.5.88, p. 11.244. NEGRÃO, Theotonio, op. cit. em nota ao artigo 50.

litisconsorte porque este tem o seu ingresso no feito limitado, no máximo, a depender da hipótese, até a prolatação da sentença.⁷⁹⁹

Para intervir no processo pendente o terceiro deve, seguindo o determinado no artigo 51, apresentar-se através de petição ao juiz da causa, que, verificando o descabimento pode indeferir o requerimento de plano. É, pois, preciso ter-se legitimidade para intervir.⁸⁰⁰ Mas, convencendo-se o juiz tratar-se de caso de assistência não pode deferir o requerimento de ingresso instantaneamente, deve dar vista a ambas as partes para se manifestarem, querendo, no prazo de cinco dias. Qualquer dos litigantes poderá impugnar o pedido de assistência, nesse caso o juiz, sem suspender o processo, determinará o desentranhamento da petição e respectivas impugnações para estabelecer o incidente, que deve ser decidido no prazo de cinco dias após a produção das provas consideradas necessárias, se o caso exigir. A sorte do incidente dependerá da prova do interesse jurídico por parte do terceiro, sobre quem recai tal ônus. Provada a existência do interesse jurídico, o terceiro deve ser admitido, pois possui direito processual subjetivo a assistir mesmo que a parte assistida tente recusá-lo. A decisão do incidente desafia o recurso de agravo, que, por questão de razão prática, deve ser por instrumento.

Uma situação bastante interessante verifica-se quando o adversário do assistido impugna o pedido de habilitação de assistente, pois em nada influirá se o terceiro demonstrar o seu interesse jurídico no feito. Nessa situação o terceiro não é titular da pretensão deduzida em juízo e, mesmo assim, pode habilitar-se. Algo diferente ocorre quando o terceiro adquire a titularidade do direito material discutido, por ato *inter vivos*, posto que de acordo com o artigo 42 do CPC este fato não altera a legitimidade (*ad causam*) no processo. Para ingressar em juízo a fim de defender um direito cuja titularidade material lhe pertence, o terceiro depende da concordância do adversário da parte alienante

⁷⁹⁹ Bom lembrar que há opinião, da qual comungamos, no sentido de que o litisconsorte facultativo não deve ser admitido após o juízo manifestar-se de alguma forma sobre qualquer ponto requerido pela parte, quer se trate de uma providência cautelar, quer de medida antecipatória da tutela.

⁸⁰⁰ “É necessário concluir, pois, que o terceiro, para intervir *ad adiuvandum*, deve ter uma particular legitimação, a qual, **não lhe permitindo agir autonomamente** acerca da relação deduzida em juízo pelo autor, é porém suficiente para a sua intervenção e o seu pedido, desde que a própria relação tenha sido deduzida em juízo pelos legitimados principais”. LIEBMAN, op. cit. p. 115, sem negrito no original.

do direito ou da coisa litigiosos.⁸⁰¹ Então, havendo a recusa, caberá, tão somente, ao terceiro-adquirente habilitar-se como assistente, como manda o §2º do artigo 42.⁸⁰² Nesse caso o alienante atuará no processo na condição de substituto processual do adquirente sem, todavia, poder dispor ou renunciar ao direito em discussão.

2.1. Interesse jurídico e econômico: a prerrogativa das pessoas jurídicas de direito público.

A demonstração do interesse para se poder intervir em processo pendente não é pressuposto exclusivo do direito brasileiro. O artigo 105 do CPC italiano, por exemplo, faz expressa referência no sentido de exigir do terceiro a demonstração de possuir um próprio interesse. O terceiro pode ingressar em processo pendente para defender direito próprio em confronto com ambas as partes ou com alguma delas, bem como para salvaguardar um direito relativo ao objeto em lide, ou dependente do título deduzido no processo mesmo. Pode, igualmente, intervir para sustentar as razões de uma das partes, sempre demonstrando o respectivo interesse.⁸⁰³ Pois bem, no Brasil o interesse justificador da intervenção do assistente haverá de ser mais do que um mero interesse econômico na demanda, diz a lei que o interesse a ser demonstrado, como requisito para a admissão, é do tipo *jurídico*.⁸⁰⁴

⁸⁰¹ Tudo nos termos do parágrafo 1º deste artigo, que diz: *O adquirente ou o cessionário não poderá ingressar em juízo, substituindo o alienante, ou o cedente, sem que o consinta a parte contrária.*

⁸⁰² “O caso é assistência e não de oposição” (RSTJ 74/338).

⁸⁰³ No direito italiano este instituto vem regulado no CPCi pelo art. 105: “**Intervento volontario.** - Ciascuno può intervenire in un processo tra altre persone per far valere, in confronto di tutte le parti o di alcune di esse, un diritto relativo all’oggetto o dipendente dal titolo dedotto nel processo medesimo. Può altresì intervenire per sostenere le ragioni di alcuna delle parti, quando vi há un proprio interesse”. IACOBELLIS, Marcello, op. cit. p. 65.

⁸⁰⁴ Assim, não justifica a intervenção assistencial, segundo Nelson Nery Júnior e Rosa Nery: “a) do credor em ação condenatória promovida por terceiro contra o devedor; b) do credor em ação de usucapião movida contra o devedor; c) do jurista em ação em que se discute tese que quer ver preponderar; d) do benfeitor em ação movida pelo poderoso contra o fraco; e) de entidade religiosa ou filosófica para ver triunfar princípio moral ou ético que defende”. Op. cit. p. 479.

O Supremo Tribunal Federal adotou como critério para saber se o interesse do terceiro é, ou não, jurídico o fato de a possibilidade de vitória da parte adversária da parte assistida, causar, ou não, prejuízo juridicamente relevante ao assistente.⁸⁰⁵ A este entendimento do STF pode-se acrescentar o de Nelson e Rosa Nery, que encontram o interesse jurídico na possibilidade de o terceiro-assistente sofrer, indiretamente, já que ele não é parte na demanda, os efeitos da sentença a ser proferida em processo pendente refletidos sobre a relação jurídica da qual, ele (terceiro), é titular.⁸⁰⁶

Mas, a necessidade de demonstração de um interesse mais que econômico não se aplica às pessoas jurídicas de direito público. A lei 9.469, de 10.7.97 disse em seu artigo 5º, parágrafo único, que elas poderão intervir nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, *independentemente da demonstração de interesse jurídico*. Essas entidades podem intervir para esclarecer questões de fato e de direito, sendo-lhes facultado juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer. Nesta hipótese, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas como partes na causa. A questão do deslocamento da competência menciona a possibilidade de que, havendo recurso interposto pela União Federal, ou suas entidades autárquicas ou empresas públicas, o processo deverá ser processado pela justiça federal. Isso, porém, não precisava ser dito, pois o artigo 109 da Constituição Federal já havia determinado a competência da justiça federal quando na causa figurar a União, entidade autárquica ou empresa pública federal, quer na condição de interessadas, quer na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto nas de falência, acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

Mas, segundo o STF, o simples fato de a União Federal ou as entidades acima mencionadas ingressarem com uma petição postulando sua habilitação na condição de assistente, num

⁸⁰⁵ Eis a ementa que baseou esta posição do STF: *"Para verificar a existência de interesse jurídico de terceiro, para intervir no processo como assistente de uma das partes, há de partir-se da hipótese de vitória da parte contrária para indagar se dela lhe adviria prejuízo juridicamente relevante"* (STF-Pleno: RTJ 132/652, RT 669/215 e RF 317/213). Neste sentido: JTJ 156/214. Confira-se NEGRÃO, Theotônio, op. cit. em anotação ao artigo 50 do CPC.

⁸⁰⁶ NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa, op. cit. p. 479.

processo que tramite pela justiça estadual, isso, por si só, não desloca a competência para a justiça federal. É preciso haver o reconhecimento judicial no sentido de tal condição de assistente.⁸⁰⁷ Note-se que a União deve *intervir* voluntariamente, não obstante o artigo 4º da Lei 5.627, de 1.12.70, haver determinado que ela fosse *citada* como assistente, nas ações judiciais em que sejam autoras, rés, assistentes ou oponentes as sociedades de seguros ou de capitalização em regime de liquidação. Este artigo, contudo, foi declarado inconstitucional pelo STF.⁸⁰⁸

2.2. Intervenção da União: a impossibilidade de desistência da condição de assistente.

O Supremo Tribunal Federal editou a súmula nº 218, cujo teor é o seguinte: *É competente o juízo da Fazenda Nacional da Capital do Estado, e não o da situação da coisa, para a desapropriação promovida por empresa de energia elétrica, se a União Federal intervém como assistente.* Foi com base nesse argumento que, numa ação na qual a Eletropaulo figurava como parte, a União resolveu intervir como assistente desta empresa de energia elétrica e, em seguida, desistiu de tal condição. O STJ, então, firmou o precedente no sentido de que os procuradores da Fazenda Nacional não podem desistir após ingressarem no feito para alegar o interesse da União, em razão do princípio da perpetuação da Jurisdição (artigo 87 do CPC), que firmara a competência da justiça federal num processo que antes tramitava pela justiça estadual. Tendo havido o deslocamento do processo para a justiça federal em razão do dito interesse da União, lastreado na súmula 218 do STF, este fato, segundo o STJ, impede a desistência da assistência para não acarretar

⁸⁰⁷ Este entendimento existe desde a ordem constitucional anterior, vejamos: Relator: Min:117 - Ministro Adaucto Cardoso. Julgamento: 1969/10/22. Sessão: TP - Tribunal Pleno. DJ data 29-12-69 PG. Ementa: “Assistência. Rede Ferroviária Federal. Deslocamento da competência para o foro federal. O pedido de intervenção como assistente, ainda que formulado pela União Federal, depende de apreciação e julgamento. A Rede Ferroviária Federal responde perante o foro comum, a menos que a União reivindique **e obtenha a posição de assistente ou oponente** na causa. Conflito julgado procedente optando-se pela competência do Tribunal de Justiça da Guanabara para julgar a apelação, visto como não foi admitida a assistência da União”. Prolink Softwares.

⁸⁰⁸ De acordo com Theotonio Negrão a decisão de inconstitucionalidade do dito dispositivo consta em RT 483/222. Vide op. cit. em anotação ao artigo 50.

tumulto processual. A decisão, porém, explicitou que isso, por si só, não transforma esse tipo de intervenção voluntária em obrigatória.⁸⁰⁹

A análise deste caso concreto indica apenas que a vedação à desistência da condição de assistente pelos procuradores da União, levou em consideração o fato de o deslocamento da competência acarretar um retorno à justiça estadual, de onde o feito já havia sido remetido. É claro que o precedente está firmado, mas a irradiação de seus efeitos deve cingir-se a hipóteses idênticas ou, no mínimo, semelhantes. Certo, porém, que a decisão lastreou-se em obséquio à sobreposição de questões de razão prática, pois na verdade não existe óbice legal à desistência e, menos ainda, ao retorno dos autos ao juízo de origem.

2.3. A assistência e suas espécies. Poderes processuais e a distinção entre os conceitos de assistente litisconsorcial e litisconsorte.

O sistema processual brasileiro admite duas modalidades de assistência: a simples, também chamada de adesiva; e a litisconsorcial, também denominada de qualificada. Segundo o código (artigo 54) será a assistência do tipo *simples* quando o terceiro não possuir vínculo jurídico material com o adversário do assistido e será *litisconsorcial* quando o terceiro possuir tal vinculação. Esta ligação do terceiro com o adversário do assistido significa que ele teria ação conexa com a demanda pendente na qual intervém contra o adversário do assistido, embora

⁸⁰⁹ Vejamos o acórdão do STJ proferido no Recurso Especial nº 164.635 – SP. (Registro nº 98.0011607-9). Relator: O Sr. Ministro Ari Pargendler. Recorrente: União Federal. Recorrida: Eletricidade de São Paulo S/A – Eletropaulo. EMENTA: “*Processo Civil. Assistência da União. Desistência. “Perpetuatio jurisdictionis”. Sendo a assistência uma modalidade de intervenção voluntária, a incidência da Súmula nº 218 do Supremo Tribunal Federal depende de a União reivindicar essa posição no processo. Mas deferido o pedido de assistência, a União já não pode dela desistir, sob pena de tumulto, o mais radical, na medida em que acarretaria o deslocamento da causa para outra jurisdição, a da Justiça do Estado. Não se trata de transformar em obrigatória uma intervenção voluntária, mas sim de uma providência que visa a dar seriedade à manifestação do interesse da União na causa, impedindo-a de retratar-se ao sabor do que pensam os procuradores que eventualmente se sucedem na sua representação. Recurso especial não conhecido*”. NEGRÃO, Theotonio, op. cit., em anotação ao artigo 50.

diferente da pré-existente. Por isso, parte da doutrina costuma dizer que a assistência simples diferencia-se da litisconsorcial porque nesta o terceiro defende direito próprio e naquela tal não ocorre. Isso, porém, não pode ser interpretado como se o assistente litisconsorcial fosse um litisconsorte, o direito próprio aí haverá de cingir-se àquela relação jurídica que o terceiro mantém com o adversário do assistido, não na que ele ingressa para auxiliar a parte principal.

O que legitima o terceiro para intervir como assistente é a sua titularidade de uma situação jurídica conexa ou dependente com a ação em que intervém, mas na assistência simples os poderes do terceiro são bem menores que no tipo litisconsorcial. Assim, na assistência simples: não terão eficácia os atos processuais praticados se em contraste com a vontade do assistido; recurso, prova, exceções processuais, são atos que só podem ser praticados se o assistido não se opuser. Na assistência litisconsorcial, ao contrário, o terceiro tem poder de recorrer ainda que o assistido não queira, e de requerer: provas, exceções, ainda que o assistido oponha-se. Na assistência simples não tem aplicação o artigo 191 do CPC, que concede o prazo em dobro para contestar, recorrer e, de modo geral, para falar nos autos, quando haja litisconsortes com procuradores diferentes, mas quando se trata de assistência litisconsorcial a jurisprudência admite a aplicação deste dispositivo.⁸¹⁰ Na assistência simples não há condenação em honorários advocatícios, ao passo que na litisconsorcial ela tem cabimento.⁸¹¹

Embora o artigo 52 do CPC diga que o assistente exercerá os mesmos poderes e sujeitar-se-á aos mesmos ônus processuais do assistido, na verdade a jurisprudência não admite que o

⁸¹⁰ Neste sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná na apelação cível nº 0042544700. Órgão julgador terceira câmara cível. Data de julgamento: 09.02.93. Relator: Celso Guimarães. Decisão: Unânime. Ementa: “*Recurso - Prazo em dobro - Art. 191 do CPC - Assistência simples - Inaplicabilidade - Apelação não conhecida por intempestiva. Na hipótese de assistência simples, assistente ou assistido não tem prazo em dobro para recorrer, como previsto pelo art. 191 do CPC, aplicável aos litisconsortes, eis que só a chamada assistência litisconsorcial (art. 54 do CPC) autoriza tal privilégio*”. Informa jurídico. Prolink Softwares.

⁸¹¹ Neste sentido o TJDF decidiu na apelação cível número: 0031511. Ano: 93. UF: DF - Distrito Federal. Reg.Int.Proces.: 70.834. Apc. 0031511. Decisão: 09.05.94. Órgão julg.: 63 - Terceira turma cível. Relator: Desembargador José de Campos Amaral. Publicação: DJDF. Data: 09.06.94, pág.: 6.494. Ementa: “... *Assistente litisconsorcial - Conforme a jurisprudência, apenas em relação ao assistente simples não é cabível a condenação em honorários advocatícios, mas tão-somente nas custas. No caso, trata-se de assistência litisconsorcial (art.54, CPC), devidos, portanto, os honorários - Apelação cível desprovida*”. Informa jurídico. Prolink Softwares.

assistente simples possa contrariar os interesses do assistido.⁸¹² Havendo revelia do assistido, o assistente será considerado seu gestor de negócios processuais e isso significa que os seus poderes serão ampliados para se equiparar aos da própria parte até que ela reassuma sua posição no feito.⁸¹³ Aliás, nessa situação havendo a intervenção não ocorrem os efeitos da revelia, dès que a habilitação do terceiro tenha ocorrido durante a fluência do prazo para a defesa, pois do contrário seria permitir-se a burla processual. Bastaria haver a decretação da revelia que surgiriam inúmeros pedidos de habilitação de assistência tão só para elidir o efeito da presunção de veracidade dos fatos alegados na petição inicial.⁸¹⁴ Quanto ao reconhecimento da procedência do pedido, desistência da ação, ou da transação feitos pela parte principal, como permite o artigo 53 do CPC, isso somente se aplica aos casos de assistência simples. É certo, outrossim, que com a extinção do processo a assistência expira-se.

Feita a distinção entre a assistência simples e a litisconsorcial, não se deve confundir as figuras do assistente litisconsorcial com o do litisconsorte. Primeiramente, se o assistente fosse litisconsorte seria da espécie facultativa, posto que a assistência é modalidade voluntária de intervenção de terceiros, de modo a restar excluída qualquer aproximação com o litisconsórcio necessário. Mas nem mesmo com o litisconsórcio facultativo pode a assistência ser confundida, pois o litisconsorte é parte, postula em nome próprio, ao passo que o assistente não é parte, é terceiro, e como tal não pleiteia em seu próprio nome.⁸¹⁵

⁸¹² Confira-se (RSTJ 93/290).

⁸¹³ “... o assistente nesse caso assume todos os poderes que o assistido teria como parte, para a defesa do direito em litígio”. BARBI, Celso Agrícola, op. cit. p. 178.

⁸¹⁴ É isso o que se encontra em Theotonio Negrão e em Nelson Nery Júnior e Rosa Nery, tendo estes últimos ressalvado a necessidade de que é necessário que a intervenção tenha ocorrido no prazo da defesa. NERY JÚNIOR e NERY, Rosa Maria Andrade, op. cit. p. 482.

⁸¹⁵ Cândido Rangel Dinamarco elucida o problema da distinção entre o assistente litisconsorcial e o litisconsorte exaltando que “Na locução assistente litisconsorcial prevalece o substantivo (assistente) sobre o adjetivo que o qualifica (litisconsorcial)”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*, p. 34. Este é o entendimento do TJSP, firmado em vários precedentes, vejamos um exemplar: *Ementa: “Assistência - Ato do assistente - Atividade Subordinada à parte principal - Formulação de pedido próprio – Impossibilidade. A posição de assistente litisconsorcial não permite a formulação de pedido próprio, pois esta não se equipara à posição das partes no processo”*. (AI 218.479 - 8ª Câmara - Rel. Juiz Cunha Cintra - J. 26.4.88, in JTA (RT) 110/374). No mesmo sentido: *“Ementa: Locação comercial - Renovatória - Comprissário comprador do imóvel objeto do contrato renovando - Litisconsorte facultativo - Desobrigatoriedade da sua intervenção. A intervenção*

Fato é que para ser litisconsorte o litigante deve, necessariamente, deter a condição de parte, de conduzir o processo por si só (se por acaso estivesse litigando sozinho). Se isso é fato, e o é, constitui equívoco confundir os conceitos de litisconsórcio e assistência (seja simples ou litisconsorcial). O núcleo diferenciador desses institutos reside, exatamente, na observação de que o assistente não possui a condição de parte, não tem legitimidade *ad-causam* para conduzir o processo por si só, o assistente é terceiro (no sentido substancial), ao passo que o litisconsorte é parte. O litisconsorte participa diretamente da relação jurídica de direito material vinculada à lide, o assistente detém um interesse ou uma pretensão própria apenas vinculada à outra da qual o litisconsorte é titular.⁸¹⁶

Não se deve pensar que o fato de a lei haver criado a figura do assistente litisconsorcial deva significar que o litisconsorte e o assistente litisconsorcial sejam expressões sinônimas. A distinção legislativa entre assistência simples e litisconsorcial decorre do grau de vizinhança da pretensão do **terceiro** (assistente) com a que se discute no processo pendente. Por isso os poderes do assistente litisconsorcial são bem mais amplos que os do assistente simples, embora de litisconsorte não se trate.⁸¹⁷

do compromissário-comprador do imóvel, na ação renovatória, só se justifica a título de assistente litisconsorcial e, nessa condição, não lhe é permitido formular pedido próprio. Assegura-se-lhe, apenas, o direito de secundar a defesa do locador". (AI 156.810 - 9ª Câ. - Rel. Juiz JOAQUIM DE OLIVEIRA - J. 23.3.83, in JTA (Saraiva) 82/329). Comungando deste entendimento escreve Cândido Rangel Dinamarco a respeito do assistente litisconsorcial: "Como dito, qualificá-lo de litisconsorcial não significa erigi-lo em litisconsorte, pelo simples fato de que nada pede: não é autor nem réu, e, conseqüentemente, litisconsorte não é". DINAMARCO, ibidem, p. 34.

⁸¹⁶ *"Há relações subjetivamente bastante complexas (v.g., contrato com uma pluralidade de sujeitos), de modo que o mesmo grupo de questões relevantes para a decisão de um litígio entre duas pessoas ali envolvidas (p.ex., pretensão a receber dada prestação) poderá valer também para o julgamento de outra pretensão, inerente ao mesmo contexto, mas envolvendo outras pessoas. Ou por conexidade, portanto, ou por prejudicialidade (como nos dois últimos exemplos, vê-se a existência de certas pessoas que, muito embora não sejam partes na relação substancial posta em juízo (não tendo mesmo legitimidade para sê-lo, uma vez que a demanda sujeita à apreciação judicial não lhes diz respeito diretamente), na realidade participam de um contexto mais sócio-jurídico que as coloca mais ou menos vizinhas ao objeto específico do processo pendente. (...) Assim é que, embora não legitimados em via principal, ou seja, não qualificados para a condução do processo como autor ou réu (ou litisconsorte, que no fundo é um autor ou réu), a lei permite o ingresso desses sujeitos em relação processual pendente entre outros, 'para que não sejam levantados argumentos embaixadores de pedido ou de defesa que possam vir a afetá-los posteriormente, em outra ação'". DINAMARCO. Litisconsórcio, p. 47-8. Grifamos.*

⁸¹⁷ *"Apesar de o Código de Processo Civil revogado falar dele como equiparado ao litisconsorte (art. 93) e o vigente dizer que ele se considera tal, nem por isso o assistente qualificado deixou de ser assistente. Litisconsorte poderia ser se tivesse legitimatio para demandar ou ser demandado (...) Não a tendo,*

Uma outra situação, já adiantada acima, indica claramente que não há como se confundir o litisconsórcio com a assistência: é que segundo o artigo 50 do CPC o assistente (simples ou litisconsorcial) pode habilitar-se, ingressar em processo pendente, a qualquer tempo e grau de Jurisdição, ao passo que em relação ao litisconsórcio isso é inaceitável sob pena de se agredir o princípio do juiz natural.⁸¹⁸ Se a lei permitiu o ingresso do assistente a qualquer tempo no processo, mesmo depois de proferida sentença de mérito, é porque ele não pode beneficiar-se diretamente dos efeitos da coisa julgada como prevê o artigo 472 do mesmo código. Quando o tema é o ingresso do litisconsorte facultativo em processo pendente Nelson Nery Júnior e Rosa Nery são peremptórios afirmando que não se deve admitir o ingresso ulterior sob pena de macular-se o princípio do juiz natural.⁸¹⁹

Parece relevante a precisa delimitação dos titulares da relação jurídica mantida entre o terceiro-assistente-litisconsorcial e o adversário da parte assistida (artigo 54), bem como a precisão de se tratar, ou não, da lide deduzida no feito em andamento no qual o terceiro ingressa. Esta relação não deve ser a discutida no processo pendente, pois se assim for aquele que ingressar deterá a condição de parte – litisconsorte – e não de terceiro. Como tal não poderá ser tratado como assistente e nem lhe será facultado, obviamente, ingressar no processo a qualquer tempo. Se uma tal hipótese verificar-se todos os óbices antes mencionados acerca do litisconsorte facultativo devem incidir. Será esta delimitação, ou seja, se a lide deduzida no processo pendente coincide com a demanda que o terceiro mantém com o adversário do assistido, que se constituirá no fator capital e na precisa diferenciação entre esses dois institutos. De resto, quando a jurisprudência menciona que o assistente litisconsorcial pode ser condenado diretamente no feito, no qual defende direito próprio, é de litisconsórcio que se está a falar e não de assistência litisconsorcial. A denominação jurídica empregada pelos pretórios, enfim, é irrelevante. O que se sobreleva

não deverá, em princípio, ser admitido a figurar como autor ou como réu no processo (...) E, é claro, não podendo ser parte principal no processo isoladamente, não haveria por que pudesse sê-lo em companhia de outrem". DINAMARCO, ibidem, p. 48.

⁸¹⁸ Aliás, uma boa novidade legislativa veio com a lei 10.358/2001, que, alterando o art. 253, determinou que: *Distribuir-se-ão por dependência as causas de qualquer natureza: I - quando se relacionarem, por conexão ou continência, com outra já ajuizada; II - quando, tendo havido desistência, o pedido for reiterado, mesmo que em litisconsórcio com outros autores. A providência disposta neste último inciso, sem dúvida, evitará a burla ao princípio do juiz natural, posto que estatui uma espécie de prevenção. A saliência é nossa.*

⁸¹⁹ NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade, op. cit. p. 469.

de importância são os efeitos a serem irradiados, e é óbvio que para alguém ser condenado, ou ser vencedor com reconhecimento expresso e direto de direito é preciso manter relação jurídica com a parte adversa, é preciso, conseqüentemente, deter o status de parte e não de terceiro. Do contrário, não haveria como explicar a vedação do artigo 472, que expressamente proíbe a produção de efeitos da coisa julgada contra terceiros, ao estabelecer que: *A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros*. Acrescente-se que a parte final deste artigo, diz: *Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros*. Aqui há um equívoco de ordem lógica – no sentido aristotélico da expressão –, pois se litisconsorte é parte e se a figura do terceiro com ele não se confunde, é silogístico que os interessados citados no processo na condição de litisconsorte não são terceiros, em conclusão a sentença não faz coisa julgada em relação a terceiros.

2.4. Julgamento da causa e os efeitos da coisa julgada.

Segundo o artigo 55, ao transitar em julgado a sentença na causa em que interveio o assistente, este não poderá, em processo posterior, discutir a justiça da decisão, salvo se alegar e provar que: *I - pelo estado em que recebera o processo, ou pelas declarações e atos do assistido, fora impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença; II - desconhecia a existência de alegações ou de provas, de que o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu*. Ao falar de trânsito em julgado o artigo não quis dizer que a sentença, nesse caso, fará coisa julgada em relação ao assistente. A propósito, o artigo 472 é bem claro ao dizer que a sentença faz coisa julgada apenas em relação às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros.

Feita essa ressalva, não significa, todavia, que o assistente não será atingido pela sentença, o será, mas pela sua motivação de modo a impedir que, numa possível ação futura, pretenda-se

discutir os fatos e fundamentos embasadores do dispositivo. Isso na prática significa que a sentença proferida no processo no qual interveio o terceiro-assistente o vinculará em relação ao assistido, exceto se ele provar que o caso comporta a incidência de um dos incisos do artigo 55, que, aliás, somente se aplica ao assistente simples.⁸²⁰ Em resumo pode-se dizer em relação ao assistente: primeiro, que o mesmo não é atingido pela parte dispositiva da sentença por determinação expressa do artigo 472; segundo, que a parte da sentença que o atinge (motivação) constitui uma mera presunção *juris tantum*, podendo ser facilmente desconstituída em ação própria,⁸²¹ se se provar a aplicação de um dos incisos do artigo 55, o que nos leva a concluir que sua eficácia é bem mais reduzida que a da coisa julgada regulada pelo artigo 469 e segs do CPC.

A assistência tem cabimento em qualquer tipo de procedimento, sendo certo que apesar de o artigo 280 do CPC ter feito restrição interventiva em relação ao procedimento sumário, dizendo que *não será admissível ação declaratória incidental, nem a intervenção de terceiro*,⁸²² ressaltou, todavia, o manejo da assistência e do recurso de terceiro prejudicado. Quanto ao processo de execução, apesar de certa celeuma doutrinária e jurisprudencial, deve-se admiti-la, seja na modalidade simples ou litisconsorcial, por pelo menos duas ordens de razões: a primeira porque a própria lei disse, pelo artigo 50, que ela é cabível em qualquer dos tipos de procedimento, logo, demonstrando o terceiro o seu interesse jurídico, como, por exemplo, ocorre com o fiador que não renunciou ao benéfico

⁸²⁰ Neste sentido Celso Agrícola Barbi, comentando a eficácia desse tipo de sentença, esclarece que: “Essa eficácia, segundo o artigo, vincula o assistente, apenas, e em suas relações com o assistido, pois em referência a ele é que a lei criou a imutabilidade. Observe-se, porém, que ela só alcança os fatos que foram objeto de apreciação pelo juiz e as questões suscitadas e que levaram à conclusão contida no dispositivo da sentença. (...) A eficácia da assistência é, sob o aspecto acima exposto, de conteúdo mais amplo do que a coisa julgada, porque enquanto esta só atinge a parte dispositiva da sentença aquela abrange os motivos e os fatos, isto é, a premissa menor da sentença. Mas sob outro aspecto, é mais restrita, porque não contém uma proibição absoluta de contrariar aqueles motivos e fatos. Configura, na realidade, uma presunção relativa, *juris tantum*, que pode ser destruída se o assistente alegar e provar alguma das circunstâncias previstas nos itens I e II do artigo, que constituem verdadeira *exceptio male gesti processus*”. BARBI, op. cit. p. 182.

⁸²¹ O que segue a tradição do direito processual civil brasileiro, eis que a possibilidade de o assistente formular pedido em ação própria foi reconhecida, pela primeira vez, pelo código do Distrito Federal de 1924, que no artigo 161 dizia: “o assistente em caso algum fica inibido de formular o seu pedido diretamente, em ação própria”. Neste sentido veja-se DE PAULA, Alexandre. *Código de processo civil anotado*. Vol. I. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 399.

⁸²² Que agora comporta a intervenção decorrente de contrato de seguro (lei nº 10.444/02).

de ordem, e que tem conhecimento de bens penhoráveis do devedor, pode ingressar em juízo para assistir o exequente, pois se a execução restar frustrada o terceiro-fiador poderá vir a ser executado, legitimando-se, assim, sua intervenção em processo executivo; segundo, porque como a assistência não se confunde com o litisconsórcio, havendo tal intervenção não restará alterada a subjetividade da demanda executiva.⁸²³

3. Da oposição (artigos 56-61): conceito; momento interventivo; citação do oposto revel (na pessoa de seu advogado); a natureza do litisconsórcio; o prazo para a resposta.

A oposição é mais uma espécie voluntária de intervenção de terceiros pela qual aquele que pretender, total ou parcialmente, o direito e/ou a coisa controvertidos no processo pode ingressar em juízo contra ‘ambos’ os litigantes. A melhor doutrina conceitua a oposição como sendo uma dupla ação, posto que a lei é determinante no sentido de que o terceiro-opoente ofereça-a contra as *duas* partes, ao mesmo tempo, até ser proferida sentença.⁸²⁴ A jurisprudência tem recusado a possibilidade de utilização da oposição pelo réu, não sendo ele terceiro, se quiser postular direito contra o autor deve servir-se da reconvenção (artigo 315). Encontra-se na doutrina um posicionamento minoritário sustentado por José Frederico Marques que argumenta a possibilidade de a oposição ser proposta mesmo depois da prolação da sentença, o que, *data*

⁸²³ A jurisprudência do TACIVSP firmou-se nesse sentido, vejamos a seguinte ementa: “Assistência - Execução - Pedido nesta fase – Admissibilidade. O artigo 50, parágrafo único do Código de Processo Civil remonta-se a todos os tipos de procedimentos do processo de conhecimento, exclusivamente, em que se venha a proferir sentença de mérito e no de execução, quando tal for solicitado”. MG 549/2.920. AI 393.480 - 5ª Câmara - Rel. Juiz Alves Bevilacqua - J. 15.6.94. No mesmo sentido, este Tribunal veio a admitir a intervenção assistencial na modalidade litisconsorcial. Ementa: “Assistência litisconsorcial - Execução - Legitimidade Ativa - Adquirente de Imóvel - Sub-rogação nos direitos e obrigações - **Reconhecimento**. A transmissão irrestrita da propriedade imóvel e dos direitos sobre ela incidentes não exclui os direitos de natureza pessoal; em virtude do que é o adquirente parte legítima na execução de valores locatícios, não o sendo o alienante”. MG 473/2.323. Ap. c/ Rev. 333.968 - 4ª Câmara - Rel. Juiz Rodrigues da Silva - J. 15.4.93

⁸²⁴ É este o sentido da jurisprudência do STF: acórdão do Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário Nº 102.070 – SP. (Segunda Turma). Relator: O Sr. Ministro Francisco Rezek. Ementa: “Oposição. A oposição, nos termos do art. 56 do CPC, volta-se contra ambos os litigantes, e não contra um deles apenas. Acórdão que, sem embargo da sustentação de tese jurídica que o Supremo Tribunal estima equívoca, deve ser confirmado por sua conclusão. Recurso extraordinário conhecido pela letra “d”, mas não provido”.

venia, não é correto.⁸²⁵ A formação da relação processual interventiva, nesse caso, perfaz-se com a citação dos opostos (autor e réu) na pessoa de seus advogados, que têm poderes para recebê-la mesmo que não possuam procurações que confirmem tal poder explicitamente, nos termos do artigo 38. Isso se explica porque apesar de o artigo 38 dizer que a procuração geral para o foro, conferida por instrumento público ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, salvo para receber citação inicial, apesar disso, esta regra não se aplica ao caso da oposição. Nela incide o artigo 57, que afasta a regra geral e determina que os opostos serão citados, na pessoa dos seus respectivos advogados, sem maiores exigências.

Segundo o CPC o oposto-autor será sempre citado na pessoa de seu advogado, mas o oposto-réu pode ser citado pelas vias normais gerais quando for revel. Parece claro, porém, que a lei (leia-se o artigo 57) não se aplica indistintamente a todos os casos de revelia, pois há hipóteses nas quais o réu revel comparece ao processo pegando-o no estado em que ele se encontra nos termos do artigo 322.⁸²⁶ Quando isso se der não há necessidade de o réu revel, que compareceu ao processo através de advogado legalmente constituído, ser citado pelas vias normais, a citação deve ocorrer na pessoa de seu advogado malgrado a revelia.

O juízo por onde tramita a ação principal é prevento para conhecer da oposição, por isso deve ser distribuída por dependência. A oposição exige a formação de litisconsórcio passivo, necessário e ulterior, pois ambas as partes devem ser citadas em processo já pendente. Quanto ao problema da unitariedade, Cândido Rangel Dinamarco diz que a oposição exige a formação

⁸²⁵ Diz este autor: “A oposição, ainda que ação autônoma, tem de ser oferecida antes que passe em julgado a sentença proferida na ação principal. Se o processo estiver em curso no tribunal de Jurisdição superior, cabe a oposição. Todavia, ela tem de ser proposta no juízo de primeiro grau”. MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. Vol I. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 287. Este posicionamento além de ir de encontro à doutrina dominante, fere, também, a jurisprudência do STF, vejamos: Acórdão do Supremo Tribunal Federal. Ação cível originária Nº 164 – SP. (Tribunal Pleno). Relator: O Sr. Ministro Paulo Brossard. Ementa: “*Ação Cível Originária. Ação discriminatória. Interveniência da União. Competência. Oposição. Dedução após sentença. Intempestividade (art. 56 do CPC). Incompetência absoluta. Decisão de cognição incompleta proferida em Conflito de Jurisdição. Reconsideração desta pelo próprio Plenário. Possibilidade. Indeferimento da Oposição deduzida pela União e remessa dos autos à competente Justiça Estadual*”.

⁸²⁶ Este artigo 322, diz que: *Contra o revel correrão os prazos independentemente de intimação. Poderá ele, entretanto, intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontra.*

de litisconsórcio unitário e embora tente explicar que esta unitariedade não significa a mesma sorte de destinos para autor e réu, firmando-se, assim, no plano do direito processual, melhor nos parece que este tipo de litisconsórcio tanto pode ser do tipo simples quanto unitário, com referência ao direito material, evidentemente.⁸²⁷ Ora, num processo principal onde não há reconvenção (e isto é a regra) somente está em jogo uma única pretensão material, salvo se se tratar de demanda com cumulação de pedidos (artigo 292). Ao exercício espontâneo dessa pretensão o réu opôs algum obstáculo constituindo-se na causa de pedir (próxima) da ação, então nesta ação o réu, salvo se se opor ao autor por reconvenção (artigo 315), repita-se, apenas irá tentar obstaculizar o exercício da pretensão do autor, nada mais. O réu que não reconvém e nem postula pedido contraposto⁸²⁸ não pede reconhecimento de direito material contra o autor.⁸²⁹

Então, feita esta abstração, consideremos a situação de uma ação principal onde há apenas uma única pretensão em discussão. Ora, havendo oposição o terceiro terá um processo seu, em litispendência *inter alios* com o preexistente, onde pedirá ao juiz que reconheça, para si, o direito ou a coisa discutida em juízo. Assim, quando o juiz for decidir estará a apreciar apenas duas pretensões: uma do autor contra o réu – ação principal -; e outra do terceiro bifurcada contra autor e réu – na ação de oposição. A sentença, por sua vez, poderá, ou não, dar tratamento diferenciado para os litisconsortes, que são o autor e o réu, a depender sempre do caso concreto. Tanto poderá tratá-los da mesma forma, julgando integralmente o pedido em favor do terceiro-opoente, caso em que o litisconsórcio será unitário, quanto poderá, por exemplo, reconhecer que numa ação onde o autor cobra R\$ 1.000,00, do réu e que o terceiro-opoente diz ser o verdadeiro credor desta importância, pode ser que o réu deva apenas a metade do total e que, portanto, nem autor, nem terceiro, tenham direito à integridade do crédito. Nesse caso o litisconsórcio será simples, se a procedência da oposição for parcial, pois pode ser que a

⁸²⁷ “Seja em caso de oposição interventiva ou não-interventiva, é unitário o litisconsórcio que ela provoca. Não é concebível cindir as situações e permitir que cada uma das pretensões tenha o seu próprio destino”. DINAMARCO. *Intervenção de terceiros*, p. 91.

⁸²⁸ Mas nem sempre a contraposição de pedido se aplica à oposição, já que a mesma não é permitida no procedimento sumário, nem no da lei 9099/95.

⁸²⁹ Aí, por exceção, e só por exceção, existem as ações dúplices.

sentença reconheça que da metade da dívida cobrada o que lhe sobeja deva ser repartido entre autor e terceiro.

Portanto, é bom fazer justiça ao eminente Cândido Rangel Dinamarco esclarecendo que o seu pronunciamento acerca da unitariedade litisconsorcial na oposição cinge-se ao nível do direito processual. Certo é que nesse caso específico não se aplica o artigo 191, mesmo que sempre os opostos devam estar representados postulacionalmente por advogados diferentes.⁸³⁰ O prazo não é dobrado no caso de oposição porque o artigo 57 impôs a observância de regra própria e específica ao dizer que o prazo para contestação é comum, isto é, flui para ambas as partes simultaneamente no período de 15 (quinze) dias.⁸³¹

3.1. Oposição: petição inicial; valor da causa; limitação do pedido; procedimento cabível.

Propõe-se a oposição através de uma única petição (obedecendo-se aos requisitos dos artigos 282-3 do CPC), distribuída por dependência desde que a sentença ainda não tenha sido proferida, pois em caso contrário não mais será cabível. O seu pedido sofre certas limitações havendo jurisprudência firmada pelo extinto TFR no sentido de que o pedido da oposição não pode extrapolar o âmbito de discussão da ação principal, caso o terceiro-opoente pretenda postular pedido mais abrangente deve recorrer à via da ação própria.⁸³² Como toda causa tem de

⁸³⁰ Segundo o artigo 191: *Quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores, ser-lhes-ão contados em dobro os prazos para contestar, para recorrer e, de modo geral, para falar nos autos.*

⁸³¹ Sobre o assunto há um acórdão entendendo que: *O opoente não é litisconsorte. Por isso, não tem direito ao prazo em dobro* (RT 502/78, RJTJESP 42/144, Lex-JTA 153/48). NEGRÃO, Theotonio, op. cit. nota 08, ao artigo 191.

⁸³² “*A oposição não pode ter objeto mais amplo que a coisa ou o direito controvertidos entre autor e réu; neste caso, deve o interessado propor ação autônoma*”, (TFR-2ª Turma, AC 83.433-MS, rel. Min. Costa Lima, v.u., DJU 29.8.85, "apud" Em. da Jur. do TFR n. 74, em. 1.295). NEGRÃO, op. cit. nota nº 03, artigo 56. Sem negar que a oposição tem o seu pedido limitado pelo da ação principal, Cândido Rangel Dinamarco explica que não interessa que o pedido da ação principal seja condenatório, constitutivo ou meramente declaratório: “*Os exemplos clássicos da doutrina giram em torno dos*

ter um valor, a oposição também tem o seu devendo ser atribuído independentemente daquele que foi dado à ação principal.⁸³³

Diferentemente da assistência a oposição só tem cabimento nas tutelas de espécie cognitiva e deve observar o procedimento ordinário.⁸³⁴ O artigo 60, que diz que quando a oposição for oferecida depois de iniciada a audiência deve seguir o procedimento ordinário, ficou sem sentido após a alteração do artigo 280, pela lei nº 9.245, de 26/12/1995. Esta lei modificou o inciso I, de modo a excluir do procedimento sumário todas as modalidades de intervenção de terceiros, exceto a assistência, o recurso de terceiro prejudicado. E recentemente a lei nº 10.444/02 acresceu a possibilidade de intervenção fundada em contrato de seguro.⁸³⁵ Quanto ao processo de execução, a oposição resta integralmente incompatibilizada com o mesmo, porque se caracteriza, sempre, como uma demanda requerente, necessariamente, de uma tutela da espécie cognitiva. O oponente não possui título (líquido, certo e exigível), e a ação de conhecimento serve exatamente para que o juiz diga a quem pertence o direito conferindo-lhe um título executivo; na execução o autor-exequente já possui um tal título. Assim, e como é impossível que uma demanda (oposição) cognitiva compatibilize-se com outra do tipo executiva, pela diversidade procedimental (artigos 292 c/c 573), não é cabível a oposição em

pedidos iniciais de natureza condenatória, mas o espectro é bem mais largo. Assim, p. ex., o autor pediu declaração da sua propriedade de um imóvel, admite-se a intervenção do terceiro querendo para si essa mesma declaração, ou mesmo reivindicando o bem mediante alegação de ser titular da propriedade plena; se o autor pediu sentença constitutiva de seu domínio (adjudicação compulsória), a oposição poderá veicular a pretensão do terceiro à constituição do seu domínio sobre o mesmo bem ou ainda a declaração de que ele é dono, sem qualquer obrigação perante o réu-oposto". DINAMARCO. Intervenção de terceiros, p. 69.

⁸³³ NEGRÃO, op. cit. nota 02, artigo 259.

⁸³⁴ Malgrado a disposição legal do artigo 280, I, Cândido Rangel Dinamarco acha cabível a oposição no procedimento sumário, se se tratar de espécie autônoma: "Numa interpretação sistemática e racional do sistema, a partir das premissas de utilidade plena do processo civil de resultado, não será absurdo aceitar a oposição autônoma ainda quando a demanda entre os opostos pender num processo de procedimento sumário: justamente porque autônoma e não interventiva, essa oposição não interferirá no procedimento da causa principal e o único óbice que poderá ocorrer será a suspensão desta para a pronúncia e sentença única". DINAMARCO. Intervenção de terceiros, p. 72.

⁸³⁵ A alteração do artigo 280 efetivada pela lei nº 10.444/02 manteve a restrição a várias espécies de intervenção de terceiros no rito sumário, a novidade que mitigou um pouco desse rigor cingiu-se àquelas intervenções baseadas em contratos de seguro.

ação de execução. Se por acaso a penhora recair sobre bem de terceiro estranho à execução, o remédio processual adequado será embargos de terceiro (artigo 1046).⁸³⁶

3. 2. Oposição: interventiva e autônoma; total ou parcial; pressupostos específicos.

A oposição pode ser autônoma ou interventiva. Será interventiva, de acordo com o artigo 59, se for oferecida antes da audiência de instrução e julgamento,⁸³⁷ caso em que deve ser apensada aos autos principais e correr simultaneamente com a ação e ser julgada pela mesma sentença que julgar a ação principal; será autônoma, segundo o artigo 60, quando oferecida depois de iniciada a audiência, caso em que pode ser julgada sem prejuízo da causa principal. Mas a lei permitiu que o juiz pudesse suspender o andamento da ação principal, por prazo não excedente a 90 (noventa) dias, a fim de proferir julgamento conjunto, o que pode e deve ser sempre feito, pois como os julgamentos não podem ser conflitantes é de melhor técnica que a decisão seja tomada simultaneamente, porque põe fim à situação de incerteza.⁸³⁸ A oposição diz-se total quando o terceiro-opoente postula pelo reconhecimento a seu favor de todo o direito ou coisa litigiosa deduzidos em juízo, diz-se parcial quando a pretensão do terceiro não abranger à totalidade do que se discute no feito pendente.

Como a oposição tem natureza jurídica de ação, constitui-se em duas ações, deve, por isso, observar a presença de todos os pressupostos genéricos e condições de qualquer ação. Mas, possui a oposição alguns pressupostos específicos sem os quais o processo não se conformará validamente, são eles: 1- litispendência *inter alios*, ou seja, que

⁸³⁶ Contra o cabimento da oposição em execução veja-se: (JTA 99/128, Lex-JTA 165/209, RTJE 82/110).

⁸³⁷ Embora não distinga, o artigo 59 apenas incide sobre a audiência de instrução e julgamento.

⁸³⁸ Segundo Cândido Rangel Dinamarco: “No sistema do CPC a oposição será deduzida no mesmo processo em que as partes originariamente contendem, sempre que vier antes da audiência (art. 59) autêntica intervenção, pois. Mas se esse terceiro formular oposição depois de iniciada a audiência, com isso dará formação a processo novo e a sua oposição dir-se-á autônoma (art. 60)”. DINAMARCO. *Intervenção de terceiros*, p. 46-7.

a ação do terceiro-opoente reproduza a ação anteriormente ajuizada; 02- que a ação principal seja do tipo cognitiva em procedimento ordinário; 03- que ainda esteja a tramitar pelo primeiro grau de jurisdição sem sentença prolatada; 04- a competência do juiz que preside a ação principal para também julgar a oposição; 05- que o opoente seja *terceiro*, não parte nem litisconsorte, que, a bem da verdade também é parte.⁸³⁹

3.3. Oposição e embargos de terceiros: semelhanças e distinções.

A oposição guarda certa semelhança com os embargos de terceiros (1.046 a 1.054), posto que tanto naquela quanto neste o terceiro intervém em processo pendente para salvaguardar direito próprio; ambos têm natureza jurídica de ação; ambos são distribuídos por dependência e tramitam em autos apartados; em ambos exige-se o pagamento de custas e despesas processuais. Mas as dessemelhanças entre esses institutos existem, a jurisprudência, por exemplo, os distingue porque o terceiro-embargante não se opõe às partes, outrossim, pressupõe uma turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, seqüestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha. Requer, assim, os embargos de terceiros, que tais bens sejam mantidos ou restituídos.⁸⁴⁰ Depois, ***quanto ao direito em discussão***, os embargos de terceiros restringem-se à proteção de direito **real** de propriedade ou posse, ou ainda, para que o credor com garantia real possa obstar alienação judicial do

⁸³⁹ Sobre os pressupostos da oposição veja-se NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade, op. cit. p. 488, onde dizem que a causa de pedir da oposição deve ser diferente da causa da ação principal. Ora, em consonância com o artigo 301, a verificação da litispendência está a exigir a repetição de ação em curso (§ 3º do artigo 301). E a lei considera como repetidas duas ações sempre que tiverem as mesmas partes, **a mesma causa** e o mesmo pedido (§ 2º do artigo 301). Parece, portanto, indispensável que na oposição a causa de pedir remota seja idêntica a da demanda principal. Para fins de esclarecimento, não se pode olvidar que o CPC adotou a teoria da substanciação, então no tocante à oposição a causa de pedir remota há de manter relação de identidade com a do processo pendente. Sobre o assunto vide: DINAMARCO, *Intervenção de terceiros*, p. 64 e segs.

⁸⁴⁰ RT 506/145, 622/107, JTA 49/116, 104/105.

objeto da hipoteca, penhor ou anticrese,⁸⁴¹ não sendo possível haver invocação de direito pessoal, ao passo que na oposição não há essa restrição. **Quanto ao alcance da sentença**, os provimentos jurisdicionais numa e noutra espécie também são diferentes, pois nos embargos de terceiros o pedido visa afastar a constrição judicial indevida para restituir a posse ou a propriedade, apenas,⁸⁴² já a oposição permite que o terceiro postule pela declaração, constituição, ou condenação sem tal restrição. **Quanto ao litisconsórcio passivo**, tem-se que na oposição ele será bifronte, isto é, deve haver a citação tanto do autor quanto do réu, nos embargos de terceiros nem sempre isso ocorre. A legitimação passiva nesta última ação verte-se para o (s) beneficiário (s) e pode recair: 01- somente sobre o exeqüente, quando a constrição judicial derivar de sua responsabilidade exclusiva, tal como ocorre quando ele indica à penhora bem de terceiro;⁸⁴³ 02- sobre o exeqüente e sobre o executado, quando a constrição judicial sobre a posse ou propriedade de terceiro se der por indicação do executado.⁸⁴⁴

Quanto às espécies de tutelas cabíveis, a oposição só tem cabimento em ação de conhecimento, os embargos de terceiros tanto podem ser utilizados em ações dessa natureza quanto em ação de execução. Quanto ao procedimento, na oposição será sempre ordinário já que ela só é possível em tutela cognitiva e por ordem expressa do artigo 280 está excluída do rito sumário; nos embargos de terceiros não se segue o rito ordinário, mas sim o do processo

⁸⁴¹ No caso do credor com garantia real, segundo o artigo 1054, a defesa do embargado restringe-se à alegação de que: I - o devedor comum é insolvente; II - o título é nulo ou não obriga a terceiro; III - outra é a coisa dada em garantia.

⁸⁴² Tanto que o STJ editou a súmula 195, para excluir a possibilidade de se pretender anular ato jurídico fraudulento, *verbis*: “Em embargos de terceiros não se anula ato jurídico, por fraude contra credores”.

⁸⁴³ É possível que nesse caso o executado também tenha interesse em participar da relação processual, caso em que pode intervir na condição de assistente litisconsorcial. Sobre esta possibilidade veja-se DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Embargos de terceiros*. São Paulo: Aide, 1992, p. 92.

⁸⁴⁴ Este entendimento remonta ao extinto TFR, que em certa vez decidiu: “Não havendo o bem sob constrição sido nomeado à penhora pelo executado, mas pela exeqüente, descabe o litisconsórcio passivo necessário do devedor, pretendido pela embargada”, (RTFR 146/111 e 150/105). E Theotonio Negrão noticia uma decisão entendendo que se o réu-executado foi quem indicou o bem penhorado do terceiro, mas se a indicação foi apenas verbal, também nesse caso não deve ele executado integrar o pólo passivo da ação de embargos. RT 711/131. Veja-se NGERÃO, op. cit. nota nº 02 ao artigo 1053. No sentido da antiga jurisprudência do TFR, veja-se DIFINI, Luiz Felipe Silveira, op. cit. p. 92.

cautelar de modo que se não houver contestação decreta-se a revelia, mas se houver o juiz deve designar audiência de instrução e julgamento sendo necessária a produção de prova. Isso significa que a fase conciliatória (artigo 331) deve ser observada nos casos de oposição, salvo: se se tratar de hipótese de julgamento antecipado da lide (artigo 330); se o direito for passível de transação (caput do artigo 331, com a redação estabelecida pela lei nº 10.444/02); se as circunstâncias da causa apontarem ser improvável o acordo (§ 3º do artigo 331, acrescentado pela lei nº 10.444/02). Nos embargos de terceiros a fase conciliatória é dispensável não sendo, entretanto, vedado ao juiz tentar conciliar as partes com base no artigo 125, IV, que lhe faculta buscar, a qualquer tempo, conciliação.

Quanto ao prazo para defesa, na oposição é de quinze dias, nos embargos de terceiros é de dez dias. Quanto às pessoas que podem ser citadas, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nos embargos de terceiros a citação, assim como se dá na oposição, podia ocorrer na pessoa dos advogados, porém, a construção pretoriana do STJ e a doutrina mudaram esse entendimento passando a exigir a efetuação do ato citatório na própria parte.⁸⁴⁵

⁸⁴⁵ Aquela era a orientação do STF, como adiante se verá no recurso extraordinário nº 81.620 – SP. (Primeira Turma). Relator: O Sr. Ministro Soares Muñoz. Ementa: “*Embargos de terceiro. Citação. Desnecessidade da citação pessoal do embargado, em face da natureza incidental e acessória dos embargos de terceiro. - Promessa de compra e venda de imóvel não inscrita no registro imobiliário. Circunstâncias de fato e interpretação de cláusulas contratuais que fizeram com que o acórdão acolhesse, em parte, os embargos de terceiro, para mandar excluir da penhora, realizada em execução hipotecária, a meação da embargante. Súmulas 279 e 454*”. Mas a jurisprudência do STJ vem exigindo a citação pessoal dos demandados, como adiante se demonstrará no Recurso Especial nº 23.352-9-SP, (Reg. nº 92.14134-0). Relator: o Exmº Sr. Ministro Cláudio Santos. Ementa: “*Embargos*

Quanto à substituição processual (*equiparação da parte a terceiro*), nos embargos de terceiros a lei permitiu a possibilidade de uma das partes litigantes agir em nome do terceiro na condição de substituto processual, quando a parte, que a partir de então se equipara a terceiro, defender bens que, pelo título de sua aquisição ou pela qualidade em que os possuir, não possam ser atingidos pela apreensão judicial.⁸⁴⁶ Também para fins de interposição de embargos de terceiros, equipara-se a terceiro o cônjuge quando defender a posse de bens dotais, próprios, reservados, ou de sua meação. Em relação à posição do cônjuge, quando pretender defender a sua meação, o Superior Tribunal de Justiça, através do enunciado da sumula 134, ampliou ainda mais o espectro legislativo do artigo 1046 do CPC, para considerá-lo como equiparado a terceiro, em processo de execução, mesmo quando tenha sido devidamente intimado da penhora.⁸⁴⁷ Na oposição essa possibilidade inexistente, pois a parte (litisconsorte, inclusive) não pode dela se utilizar por não deter a condição de terceiro.

Quanto ao momento interventivo, segundo o artigo 1048 os embargos de terceiros podem ser opostos mesmo após a prolação da sentença des que ainda não tenha transitado em julgado, e, no processo de execução, isso é possível até 5 (cinco) dias depois da arrematação, adjudicação ou remição, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta. A oposição, por outro lado, além de não ser admissível no processo de execução, só pode ser manejada antes de a sentença ser prolatada em processo de conhecimento.

de terceiro. Citação. Indispensável a citação do embargado para responder à inicial dos embargos de terceiro”.

A doutrina especializada acompanha a posição do STJ, como é o caso de João Roberto Parizatto, que em seu *Embargos de terceiros (doutrina, jurisprudência e prática forense)*. Leme-SP: De Direito, 1997, p. 38, escreve sobre a necessidade de citação pessoal. No mesmo sentido encontra-se Luiz Felipe Silveira Difini, que em seu *Embargos de terceiros*, diz: “Em nossa modesta opinião, melhor a razão dos que sustentam a obrigatoriedade da citação pessoal dos embargados”, op. cit. p. 109-10.

⁸⁴⁶ Neste sentido decidiu o STF, no recurso extraordinário nº 85.095 – GO, pela Primeira Turma, tendo na relatoria Ministro Bilac Pinto, o seguinte: Ementa – “Processo de execução. Embargos de terceiro. Cabimento, até cinco dias depois da imissão na posse, para a defesa, por quem foi parte no processo de conhecimento, de bens que não podem, a princípio, ser atingidos pela apreensão judicial (CPC, art. 1.046, § 2º, e 1.048). Recurso extraordinário conhecido e provido, a fim de que sejam processados os embargos”.

⁸⁴⁷ Diz a súmula 134 do STJ: *Embora intimado da penhora em imóvel do casal, o cônjuge do executado pode opor embargos de terceiro para defesa de sua meação.*

4. Da nomeação à autoria (artigos 62-69): a (i)legitimidade do possuidor.

A nomeação à autoria é uma modalidade de intervenção de terceiros obrigatória na qual o réu é parte ilegítima para a causa e o terceiro nomeado é quem possui tal legitimidade. Sua finalidade é sanar o erro cometido pela parte autora na escolha do réu-ilegítimo. Se considerarmos a teoria da substantividade, verificaremos que o terceiro encontra-se no processo (é o réu) e o nomeado (dito terceiro pela dogmática do CPC) apenas detém a qualidade de terceiro no sentido meramente cronológico. Assim, pode-se mesmo dizer que esta modalidade de intervenção de terceiros visa é a exclusão do terceiro que se encontra no processo e a inclusão da parte legítima que está fora do processo. O réu-nomeante é terceiro no sentido substancial e parte no sentido cronológico. O terceiro-nomeado é parte no sentido substancial e é terceiro no sentido cronológico.

O artigo 62 restringiu a nomeação à autoria para os casos de *detenção*, dizendo que aquele que detiver a coisa em nome alheio, sendo-lhe demandada em nome próprio, deverá nomear à autoria o proprietário ou o possuidor. A atual redação modificou o artigo 99 do código de 1939,⁸⁴⁸ que mencionava o *possuidor* como sendo a figura jurídica visada pela norma.

Com isso quis Alfredo Buzaid deslocar os casos nos quais o réu fosse

⁸⁴⁸ Cujas redação era a seguinte: “*Aquêle que possuir, em nome de outrem, a coisa demandada, nos cinco (5) dias seguintes à propositura da ação, deve nomear à autoria o proprietário ou o possuidor indireto, cuja citação o autor promoverá. Parágrafo único. Se a pessoa nomeada não comparecer, ou se negar a qualidade que lhe fôr atribuída, o autor poderá prosseguir contra o nomeante e o nomeado, como litisconsortes, assinando-se novo prazo para a contestação*”.

possuidor para a modalidade de denúncia da lide (artigo 70, II)⁸⁴⁹ reservando a nomeação para as hipóteses de exclusiva *detenção*.

Na prática isso traz grande diferença, pois segundo o artigo 485 do CC de 1916 e o artigo 1196 do código civil vigente, possuidor é quem tem de fato o exercício, pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.⁸⁵⁰ Estes casos estão, segundo a sistemática dogmática do CPC, excluídos da nomeação à autoria. Noutras palavras, pela literalidade da lei alguém que possuindo a coisa em nome alheio e fosse demandado em nome próprio não poderia nomear à autoria o proprietário ou o possuidor indireto. Deveria *denunciar da lide*. A impossibilidade legal-literal de alguém encontrado nesta situação poder nomear à autoria decorre de seu não enquadramento no conceito de *detentor*. Os casos de *detenção* encontram-se definidos no artigo 487 do mesmo CC de 1916 e artigo 1198 do código atual, que se considera detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas.⁸⁵¹

Didaticamente pode-se resumir a sistemática do CPC da seguinte forma: réu *detentor* (parte ilegítima, demandado em nome próprio) deve ser a *nomeação à autoria*; réu possuidor (parte legítima com direito à ação regressiva) deve ser a *denúncia da lide*. Tudo estaria resolvido se a *denúncia da lide* conseguisse abranger todas as situações envolvidoras do possuidor. Porém, a *denúncia da lide* pressupõe que o litisdenunciante tenha *legitimidade para a causa* na ação principal e ainda que tenha direito à ação regressiva, pois este instituto constitui-se numa

⁸⁴⁹ Cujá redação é a seguinte: 70 -- *A denúncia da lide é obrigatória: II - ao proprietário ou ao possuidor indireto quando, por força de obrigação ou direito, em casos como o do usufrutuário, do credor pignoratício, do locatário, o réu, citado em nome próprio, exerça a posse direta da coisa demandada.*

⁸⁵⁰ A única diferença entre esses dois dispositivos é que o novo código suprimiu a expressão “domínio” do seu texto. Para a nossa análise contextual, contudo, isso não representa alteração alguma.

⁸⁵¹ A diferença entre estes dois artigos também é mínima. Quanto ao conteúdo, aliás, não há diferença alguma. O antigo dizia que se não se considerava possuidor aquele que se achava em relação de dependência para com outro e conservava a posse em seu nome. O atual modificou apenas a parte inicial: em vez de dizer que não se considera possuidor...; disse: *considera-se detentor...*

ação regressivo-indenizatória. Serve para acautelar um litigante que, por ventura, perder a demanda no ressarcimento do que tiver direito. Mas a lei não resolve a situação do possuidor que, demandado em nome próprio, nem pode denunciar da lide por falta de legitimação para a causa principal e porque não tem direito de regresso, nem pode nomear à autoria porque não se enquadra no conceito de *detentor*. É pressuposto da denunciação da lide ter o denunciante ação regressiva, sem essa possibilidade é inviável sua invocação.⁸⁵²

A resolução da situação do possuidor que não tem legitimidade para propor ação regressiva exige verdadeiro exercício hermenêutico. Uma pesada doutrina malsina esta situação, incluindo-se: Alexandre De Paula, Arruda Alvim e Celso Agrícola Barbi, dentre outros.⁸⁵³ Sidney Sanches, por sua vez, explica que a incidência do inciso II do artigo 70 está a depender que o possuidor indireto esteja obrigado a garantir a posse direta do outro contratante com a indenização por eventuais prejuízos, em caso contrário não terá cabimento.⁸⁵⁴

⁸⁵² O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apc - apelação cível. Número: 0032003 ano: 94 Uf:Df - Distrito Federal. Reg.int.proces.: 70.150 - apc0032003. Decisão: 11.04.94. Órgão julg.: 61 - Primeira turma cível. Relator: Desembargador José Jeronymo Bezerra de Souza. Publicação: DJDF. Data: 11.05.94 pág.: 5.138. Ementa: “(...) *O instituto da denunciação à lide visa a economia processual, possibilitando ao réu ter no mesmo processo uma declaração acerca de seu direito de regresso, poupando-lhe de buscar a tutela em outra ação, tendo como único vínculo com a principal, o pressuposto de que o denunciante seja condenado. Decisão: conhecer o recurso e improver. Unânime*”.

⁸⁵³ Este último diz que “Não merece elogios o legislador pela inovação feita, ao excluir o possuidor, porque, com isso, impediu essa categoria de afastar de si demanda que não é de seu interesse. (...) A modificação feita é tão inconveniente ao interesse do autor e do réu - porque não beneficia a nenhum deles - que, possivelmente, a jurisprudência na sua função corretiva e criadora, acabará por admitir uma modalidade de nomeação à autoria paralela à criação no Código. Será ela para o possuidor direto, mas sem o caráter de dever, que só a lei pode dar”. BARBI, op. cit. p. 194.

⁸⁵⁴ “Enfim, sempre que, por lei ou por disposição contratual, estiver o possuidor indireto obrigado a garantir a posse direta do outro contratante, inclusive o indenizando dos prejuízos que sofrer com sua perda, caberá a denunciação com base no inc. II do art. 70 do CPC. Se, por lei ou por contrato, estiver o

Portanto, deve-se interpretar o tipo do artigo 62 de forma ampliativa para admitir que o possuidor direto também possa nomear à autoria. Mas a sanção prevista no artigo 69 não pode ser aplicável ao possuidor porque a lei a restringiu ao detentor que não nomeia ou nomeia pessoa errada.⁸⁵⁵ Neste contexto uma denúncia da lide formulada equivocadamente deve ser aceita como se nomeação à autoria fosse.⁸⁵⁶ O próprio STJ vem entendendo que se deve superar o rigor interpretativo para, com base no princípio da instrumentalidade das formas, aceitar-se a denúncia da lide como nomeação à autoria.⁸⁵⁷

4.1. Espécies de nomeação à autoria; procedimento e ineficácia da nomeação:

o problema da recusa e os efeitos da coisa julgada.

O CPC contempla duas espécies de nomeação à autoria: a clássica, prevista pelo artigo 62, de acordo com a construção hermenêutica descrita no item anterior, trata do caso do detentor e do possuidor quando, demandados, não tiverem legitimidade para a causa; e a analógica, disposta

*possuidor indireto desobrigado de garantir a posse direta do outro contratante, então a denúncia da lide será descabida. Observe-se, ainda, que a denúncia da lide não é deferida ao mero detentor, isto é, àquele que detém a coisa em nome alheio, pois não tem posse direta e por isso mesmo não pode invocar direitos dela decorrentes contra o possuidor (...) O que lhe cabe é nomear à autoria ...". SANCHES, Sidney. *Denúnciação da lide no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 84-5.*

⁸⁵⁵ BARBI, op. cit. p. 194. No mesmo sentido Moacyr Amaral Santos, ao comentar o artigo 62, obtempera: *"Entendemos, assim, que a expressão contida no texto sob exame – 'aquele que detiver a coisa em nome alheio' – deverá ter inteligência mais ampla, abrangendo o detentor e o possuidor direto". SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Vol II. 20. ed. Sal Paulo: Saraiva, 1999, p. 22.*

⁸⁵⁶ SANCHES, op. cit. p. 85.

⁸⁵⁷ *"Se, erroneamente, o réu denuncia a lide a terceiro, em vez de nomeá-lo à autoria, e o terceiro comparece e se defende, pode, pelo princípio da instrumentalidade, ser condenado a ressarcir o dano". NEGRÃO, op. cit. nota nº 01, ao artigo 62, fazendo menção ao seguinte acórdão: (STJ-4ª Turma, REsp 1.959-SP, rel. Min. Bueno de Souza, j. 9.2.93, não conheceram, v.u., DJU 13.9.93, p. 18.562).*

no artigo 63, aplica-se à ação de indenização intentada pelo proprietário ou pelo titular de um direito sobre a coisa, toda vez que o responsável pelos prejuízos alegar que praticou o ato por ordem ou em cumprimento de instruções de terceiro. Embora a teleologia inspiradora de ambas as espécies seja a mesma: substituição da parte passiva ilegítima com o ingresso do terceiro legitimado (economia processual), malgrado isto há uma diferença meritória entre elas. É que a nomeação à autoria analógica, baseada na atribuição da responsabilidade civil (artigo 1521 do CC) a quem determinou a prática do ato lesivo em face de seu maior potencial de solvabilidade, não exclui a possibilidade de o autor demandar contra quem praticou o ato e contra quem o determinou, em litisconsórcio passivo facultativo.⁸⁵⁸

A nomeação à autoria tem caráter de obrigatoriedade e somente pode ser feita pela parte ré no prazo da contestação, independentemente de o requerimento vir, ou não, em conjunto com a peça de defesa em item destacado, pode até vir após a contestação dès que no prazo desta.⁸⁵⁹ A lei exige a lealdade processual do réu na hora de se fazer a nomeação, pois lhe impôs a responsabilidade civil por dano processual se deixar de nomear à autoria, quando lhe competir, ou se nomear pessoa diversa daquela em cujo nome detém a coisa demandada (artigo 69). O requerimento de nomeação tem o condão de suspender o processo até que o autor se manifeste, a lei permitiu-lhe a aceitação ou recusa porque dele é o direito de escolher contra quem quer litigar. Se o autor recusar o processo seguirá contra o nomeante e, ao final, deverá ser extinto por falta de legitimidade para a causa (artigo 295, c/c 267), se aceitar a nomeação deve requerer ao juiz a citação do terceiro-nomeado, nesse caso o réu deve ser excluído do

⁸⁵⁸ Comentando o artigo 63 Celso Agrícola Barbi defende que: “*A disposição da lei não exclui o direito do autor mover a ação contra o mandante e o executor, porque ambos são, em princípio, responsáveis perante o prejudicado. O que a lei quer é permitir que, em caso de a ação ter sido mal dirigida, por atingir apenas o executor, possa este indicar a pessoa por ordem da qual praticou o ato*”. BARBI, op. cit. p. 195. No mesmo sentido veja-se NERY JÚNIOR e NERY, Rosa, op. cit. p. 493.

⁸⁵⁹ Sobre a possibilidade de a nomeação à autoria ocorrer após a contestação, veja-se NERY JÚNIOR e NERY, Rosa, op. cit. p. 493-4.

processo. O terceiro tem duas opções: 01- pode aceitar a nomeação de forma expressa ou tácita, se ele não se manifestar a respeito; 02- pode negar a qualidade que lhe é atribuída, em negando-a pode requerer o seu ingresso no feito na condição de assistente se demonstrar que possui interesse jurídico.⁸⁶⁰

O chamamento do terceiro-nomeado faz-se mediante ato de citação no qual se lhe confere prazo de 15 dias para se defender, pois apesar de a lei ter sido omissa quanto a este prazo, a ordinarização do procedimento assim o determina. Ao permitir que o nomeado pudesse recusar a nomeação, a lei brasileira gerou inusitada situação: concedeu o direito a alguém não querer ser réu, o que é um verdadeiro absurdo. O legislador inspirou-se na antiga redação do artigo 320 do Código de Processo Civil de Portugal, que, por sua vez, previa que se houvesse recusa por parte do terceiro os efeitos da sentença se estenderiam sobre ele. No Brasil, todavia, isso não é possível porque o artigo 472 impede que a coisa julgada possa alcançar terceiros, de modo que se permitiu ao terceiro, nessas condições, exercer o seu absurdo direito de não querer ser réu e fulminar o processo com a destinação de extinção por ilegitimidade do réu originário.⁸⁶¹

4.2. A supressão da nomeação à autoria no sistema processual português

e sua substituição pelo uso da *oposição coacta*.

⁸⁶⁰ BARBI, op. cit. p. 197.

⁸⁶¹ BARBI, ibidem, p. 198.

O direito processual português atual não contempla, explicitamente, a nomeação à autoria como espécie interventiva autônoma, pois a reforma processual de 1995 eliminou essa espécie interventiva, cuja denominação era: *nomeação à acção*, em face da perda de sua utilidade e sentido. Atualmente o réu (possuidor ou detentor) que se encontre em situação de similaridade estrita com a prevista pela nossa nomeação à autoria, tem duas opções processuais: 1º- *não reconhece a pretensão do autor*, caso em que pode, com base no artigo 325º, I, provocar o chamamento do terceiro para que este intervenha na condição de litisconsorte, desde que queira o réu discutir com o autor a titularidade do direito postulado; 2º- *reconhece a pretensão do autor*, caso em que pode trazer a juízo o terceiro na condição de opoente (oposição provocada, artigo 347º) e pedir ao juiz sua exclusão do processo com fundamento no artigo 350º, nº 2.⁸⁶²

O processo civil lusitano oferta a possibilidade de o réu provocar a oposição forçada do terceiro quando, estando preste a satisfazer a pretensão do autor, tomar conhecimento de que um terceiro se arroga ou possa vir a arrogar direito incompatível com o do demandante. Nesse caso, permite-se ao réu requerer a citação do terceiro desde que o faça no prazo da contestação, a finalidade desse chamamento destina-se a que o terceiro possa defender seus direitos em juízo, deduzindo sua pretensão. O prazo

⁸⁶² Como está escrito no preâmbulo do Decreto-Lei nº 329-A/95, isso se deu: “... por ter desaparecido o pressuposto base essencial em que assentava: na verdade, [...] não existira nenhuma ilegitimidade passiva a ser suprida [...] através da nomeação à acção, sendo, por isso, inaplicável a previsão contida no nº 03 do artº 322 [CPC/61] – absolvição da instância, por ilegitimidade do demandado, quando, não aceitando o autor a nomeação, o juiz se convencer de que ele possui [...] em nome alheio. Esta justificação simplifica demasiado o problema. É verdade que o artigo 1311, nº 1, CC atribui legitimidade passiva para a acção de reivindicação a qualquer detentor ou possuidor, o que, aliás, se compreende perfeitamente: o possuidor ou detentor é alguém que se comporta como se fosse titular do direito de fundo (cfr. Artº 1251º CC), pelo que não é exigível que o autor reivindicante conheça que o demandado, contra todas as aparências, é afinal apenas um possuidor em nome alheio. O que já não é indiscutível é que, perante a alegação pelo demandado de que ele é somente um possuidor em nome alheio, o autor da acção possa recusar a intervenção do possuidor em nome próprio: era precisamente para sancionar esta recusa do autor da acção em aceitar discutir a questão da propriedade com o possuidor em nome próprio, nomeado à acção pelo possuidor em nome alheio, que o artº 322º, nº3, CPC/61 estipulava a absolvição da instância deste possuidor demandado”. SOUZA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*, p. 184.

para que o terceiro possa postular seu direito é o mesmo que o réu tem para contestar, feita a citação válida podem ocorrer as seguintes situações:

1º - se nada requerer, e se for hipótese de revelia, o réu será condenado a satisfazer a pretensão do autor, mas a mesma sentença irradia os efeitos da coisa julgada sobre o terceiro que se quedou inerte (artigo 349º, 2 do CPCP); 2º - se o terceiro mantiver-se inerte mas não for caso de revelia, o feito terá seguimento passando para a fase instrutória. Se a sentença, ao final, condenar o terceiro ele tem direito de exigir do autor o que receber indevidamente, bem como postular contra o réu a prestação devida se provar que a sua condenação decorreu de dolo ou culpa grave do demandado.⁸⁶³

Eis a atual solução do processo civil português, que, a bem da justiça, é muito mais eficaz que a nossa.

5. Da denunciação da lide (artigos 70-76):

evolução do *chamamento à autoria*; hipóteses de cabimento;
natureza jurídica.

A expressão *denunciação da lide* deriva e substitui a figura do *chamamento à autoria* que nosso direito herdou do direito romano, através das ordenações portuguesas.⁸⁶⁴ A expressão *autoria* em nada se relaciona com o *autor* do pólo ativo da relação processual, refere-se ao *autor* como sendo a pessoa (terceiro) que transmitiu o direito ao adquirente. Autor

⁸⁶³ NETO, Abílio. *Código de processo civil anotado*, p. 406.

⁸⁶⁴ Sendo certo, porém, que a origem mais remota desse instituto está no direito dos povos germânicos primitivos, como resta demonstrado na Tese de Cátedra de GONÇALVES, Aroldo Plínio: *Da denunciação da lide*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 318.

quer significar, pois, o transmitente, o alienante. Este, pelo fato de ter feito a transmissão de um direito ou coisa, é *responsável*, é *garante* da dita transmissão.⁸⁶⁵ A finalidade, então, da denúncia da lide não é outra que não seja a de proporcionar ao adquirente, quando demandado, trazer ao processo, chame à autoria, alguém contra quem tem ação indenizatória-regressiva para ressarcir-lo na hipótese de derrota. Este *autor* é exatamente o terceiro da litisdenúnciação. A denúncia da lide é também chamada de litisdenúnciação, pois quem faz a denúncia recebe a denominação técnica de *litisdenunciante* e quem a recebe de *litisdenunciado*.

O CPC de 1939 regulava o instituto pelo artigo 95⁸⁶⁶ restringindo-o aos casos de evicção. O CPC atual (artigo 70) ampliou suas hipóteses de cabimento para admitir a denúncia: 01- aos casos de evicção, sendo possível que tanto o autor quanto o réu possam utilizar a litisdenúnciação; 02- ao possuidor direto para denunciar o proprietário ou o possuidor indireto quando, por força de obrigação ou direito, em casos como o do usufrutuário, do credor pignoratício, do locatário, for, ele (possuidor direto) demandado em nome próprio (aqui a denúncia só pode ser feita se o possuidor estiver localizado no pólo passivo);⁸⁶⁷ 03- a quem estiver litigando, no pólo ativo ou passivo, e tenha direito regressivo, decorrente de lei ou contrato, contra quem tenha o dever de indenizar.

⁸⁶⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva. Vol. II, p. 26. No dicionário Aurélio garante é a pessoa responsável por alguma coisa; abonador, fiador, avalista, endossante. Também Celso Agrícola Barbi, comentando o instituto ainda sob a sistemática de 1939, registra: “A palavra *autoria* significava, no caso, *garantia*”. BARBI, op. cit. p. 201.

⁸⁶⁶ Dizia o artigo 95 do Código de Processo Civil revogado: “*Aquêle que demandar ou contra quem se demandar acêrca de coisa ou direito real, poderá chamar à autoria a pessoa de quem houve a coisa ou o direito real, a fim de resguardar-se dos riscos da evicção. § 1º- Se fôr o autor, notificará o alienante, na instrução do juízo, para assumir a direção da causa e modificar a petição inicial. § 2º- Se fôr o réu, requererá a citação do alienante nos três (3) dias seguintes ao da propositura da ação. § 3º- O denunciado poderá, por sua vez, chamar outrem à autoria e assim sucessivamente, guardadas as disposições dos artigos anteriores*”. Redação extraída da obra *Comentários ao código de processo civil*. Vol. I, de: MIRANDA, Pontes de, Forense, 1947, p. 370.

⁸⁶⁷ A hipótese deste inciso II, constituiu-se num equívoco legislativo pelo qual se pretendeu suprimir o possuidor direto do direito de *nomear à autoria*, mas somente poderá haver denúncia da lide se o possuidor tiver ação regressiva, posto que este aspecto – ação regressiva – é da essência do instituto. Aliás, no caso específico da denúncia do usufrutuário ao nu-proprietário, ela dificilmente existirá, como muito bem lembra Celso Agrícola Barbi, porque a regra é que o usufruto se faz de forma gratuita e se gratuito for não terá o nu-proprietário o quê indenizar. BARBI, op. cit. p. 203.

Esta última situação agora com a nova redação do artigo 280 do código de processo civil, operada pela lei nº 10.444/02, pode ocorrer também no procedimento sumário dès que o contrato objeto da denúncia insira-se no gênero: *contrato de seguro*.

A denúncia da lide tem natureza jurídica de ação, trata-se de ação regressiva, ou seja, tem como pressuposto que quem denuncia tenha sofrido um dano, um prejuízo, a que o denunciado tem o dever de reparar. Este dever de reparar o dano, que tem o litisdenunciado, confere-lhe a nota da indenizatoriedade. Trata-se ainda de ação secundária e dependente, pois é proposta no curso, isto é, após a propositura de uma outra ação, dita principal, da qual a denúncia é acessória. Sendo assim, a análise do mérito da denúncia da lide pressupõe a derrota de quem denunciou. Ora, se ação é regressiva-indenizatória o juiz somente poderá examinar o seu conteúdo meritório se o litisdenunciante sucumbir no processo principal, se for vencedor não terá sofrido o prejuízo justificador da indenização a ser alcançada. Logo, é correto concluir que a vitória do litisdenunciante importa na perda de objeto da ação de denúncia da lide. Mas a sua recíproca nem sempre é verdadeira, pois a derrota do litisdenunciante apenas obriga o juiz a “*examinar*” o mérito da denúncia, a existência, ou não, de seu afirmado direito. Em caso positivo, evidentemente, deverá julgar o pedido da litisdenúncia procedente para condenar o terceiro-denunciado. Mas, em caso negativo, ou seja, se o litisdenunciante malgrado o fato de ter sido sucumbente não fizer jus à indenização deverá o juiz julgar o seu pedido improcedente.⁸⁶⁸

⁸⁶⁸ Neste sentido dizem Nelson e Rosa Nery: “*Tem como característica a eventualidade, pois só será examinada a ação secundária de denúncia da lide se o denunciante ficar vencido, na ação principal*”. NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade, op. cit. p. 497.

5.1. A obrigatoriedade da denunciação da lide: de ação de defesa (Calamandrei) para ação de regresso (Chiovenda). Pela facultatividade irrestrita do direito regressivo.

De acordo com o artigo 70: *A denunciação da lide é obrigatória* para todas as hipóteses nele versadas. O sentido da expressão *obrigatória* deve ater-se ao conceito de *ônus*, pois quis a lei dizer que o direito ao exercício de ação estaria condicionado à denunciação da lide em processo pendente. Sendo a denunciação obrigatória, significa que se a parte não a fizer, nos termos e formas legais, isto é, na própria petição inicial se o denunciante for autor ou no prazo da contestação se for réu, perderá o direito à própria ação regressiva-indenizatória autônoma. Mas Aroldo Plínio Gonçalves logo cuidou de limitar essa *obrigatoriedade* com base no estudo da doutrina italiana, que, lastreando-se em Calamandrei considerava a denunciação da lide (*chiamata in garantia*), inicialmente, como uma obrigatoriedade de defesa, como uma ação de defesa e não como uma ação de ressarcimento. Chiovenda, todavia, desfez essa idéia para conceber o instituto da denunciação da lide como uma ação do tipo ressarcitória, e tal tese viu-se vencedora, tanto na Itália quanto no Brasil, que veio a adotá-la em seu CPC. Plínio Gonçalves centra seu estudo na distinção entre garantia própria e imprópria: aquela resulta da transmissão de direitos e esta se prende à responsabilidade civil, somente nos casos de garantia própria a denunciação da lide é obrigatória.⁸⁶⁹

Mas a maioria da doutrina restringe a obrigatoriedade, apenas, para os casos do inciso I (evicção), com base no argumento de que só é mesmo obrigatória na hipótese de evicção porque o CC, por determinação

⁸⁶⁹ Esta tese de Aroldo Plínio Gonçalves vem, de forma bastante resumida, exposta por CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 71.

expressa do artigo 1116,⁸⁷⁰ impôs ao adquirente o ônus de cientificar (no sentido de citar) o alienante para poder exercer os direitos processuais resultantes da evicção.⁸⁷¹

Entendemos, contudo, que restringir o direito de regresso ao manejo da denúncia da lide constitui uma séria restrição ao próprio direito de acesso aos tribunais, não mais compatível com o direito processual civil atual posto que hoje se encontra atrelado à Constituição Federal, que, por sua vez, não limitou o direito acesso aos tribunais.⁸⁷²
Logo, se a própria Constituição não impôs exigência alguma ao direito de

⁸⁷⁰ Artigo 1116, do CC: *Para poder exercitar o direito, que da evicção lhe resulta, o adquirente notificará do litígio o alienante, quando e como lho determinarem as leis do processo.* O novo código dispôs sobre a evicção no artigo 456, em nada tendo restado alterada exigência de notificação do litígio ao alienante. Na verdade de notificação não se trata, mas de verdadeira e legítima citação. O novo código mantém o equívoco e perdeu uma grande oportunidade de atualizar o ato de ciência processual ao litisdenunciado. A diferença entre o dispositivo atual e o revogado consiste em o inexperiente texto ter liberado o evicto para oferecer a litisdenúncia tanto para o alienante imediato quanto para os anteriores. Entretanto, o novo código inovou quando, no parágrafo único do artigo 456 disse que se o alienante não atender à denúncia da lide, e sendo manifesta a procedência da evicção, é lícito ao adquirente – demandado – deixar de contestar ou de recorrer. Eis aí uma nova problematização! Ficará o juiz impedido de condenar o réu-adquirente? Os efeitos da coisa julgada repercutirão sobre o terceiro? Esta é a única solução à vista, pois se agora a lei eximiu o réu denunciante de ofertar até mesmo a defesa, é porque o livrou dos efeitos da condenação. Por outro lado, o autor não poderá ficar no prejuízo, logo, parece-nos, a eficácia da sentença deverá recair sobre o terceiro litisdenunciado que não se defender no prazo legal. Em conclusão, os defendentes da tese da obrigatoriedade agora ganharam novo fôlego, inconstitucional, todavia, nos parece. Com base na lei civil Cândido Rangel Dinamarco vai fundamentar seu perfilamento a esta posição dizendo que: *“A perda do direito subjetivo material perante o terceiro, como sanção à omissão de denunciar, existe exclusivamente no que diz respeito à evicção. Tal é a regra contida no próprio Código Civil (art. 1116) e expressamente reafirmada no estatuto do processo”*. DINAMARCO. *Intervenção de terceiros*, p. 139.

⁸⁷¹ Segundo Athos Gusmão Carneiro, que adotou a doutrina de Aroldo Plínio, foi ele (Athos) responsável pela sua aprovação em congresso sobre processo civil: *“Em Ciclo de Estudos de Processo Civil (realizado em Curitiba, em agosto de 1983, pela OAB e pela Associação dos Magistrados do Paraná) resultou aprovada por unanimidade tese por nós apresentada, com a seguinte conclusão: ‘A não-denúncia da lide somente acarreta a perda da pretensão regressiva nos casos de garantia formal, ou seja, de evicção e de transmissão de direitos’*”. CARNEIRO, Athos Gusmão, op. cit. p. 72. Aroldo Plínio teve sua teoria adotada, também, pelo STJ, como se percebe no acórdão proferido no REesp Nº 43.367-SP. (Reg. nº 94/0002459-2). Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. EMENTA: *“Processo civil. Denúncia da lide. Direito de regresso. Fundamento jurídico novo. Inadmissibilidade. Obrigatoriedade. Inocorrência. Precedentes. Recurso não conhecido. (...) III - Segundo entendimento doutrinário predominante, somente nos casos de evicção e transmissão de direitos (garantia própria) é que a denúncia da lide se faz obrigatória”*. Mas é o próprio Aroldo Plínio Gonçalves quem reconhece que a maioria da doutrina brasileira apenas admite a obrigatoriedade da denúncia da lide ao caso do inciso I do artigo 70: *“Grande parte, aliás a maior parte, da doutrina nacional vê a obrigatoriedade da denúncia da lide apenas quanto ao item I, do art. 70.”*. GONÇALVES, Aroldo Plínio, op. cit. p. 318.

⁸⁷² Na verdade diz o artigo 5º, XXXV, que: *- a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.*

acionar e se nem mesmo a própria lei não previu (artigo 70) qualquer penalidade pelo fato do não oferecimento da denúncia, não há como se sustentar a obrigatoriedade da denúncia da lide. Aliás, mesmo antes da nova ordem constitucional, vários autores posicionavam-se pela facultatividade irrestrita da denúncia da lide, dentre eles temos: José Carlos Barbosa Moreira, Jacy de Assis, Paulo Restiffe Netto.⁸⁷³ Esta é a interpretação que atende ao comando processual da Constituição, ou seja, a da não obrigatoriedade irrestrita, por isso deve ser adotada.

5.2. A denúncia da lide em face do novo código civil.

O artigo 1116, do antigo CC dizia que para poder exercer o direito resultante da evicção, o adquirente devia notificar do litígio o alienante, quando e como lho determinarem as leis do processo. O novo código dispôs sobre a evicção no artigo 456, em nada tendo restado alterada exigência de notificação do litígio ao alienante. Na verdade de notificação não se trata, mas de verdadeira e legítima citação. O novo código mantém o equívoco e perdeu uma grande oportunidade de atualizar a correção do ato de ciência processual ao litisdenunciado. Uma diferença ocorrida entre o dispositivo atual e o revogado consiste no fato de o inexpert texto ter liberado o evicto para oferecer a litisdenúncia tanto para o alienante imediato quanto para os anteriores. Entretanto, a maior inovação do novo código consta do parágrafo único do artigo 456. Agora, pela lei civil, o evicto continua obrigado a denunciar, mas se o alienante

⁸⁷³ Este rol de doutrinadores encontra-se na p. 203-4 da excelente obra de Aroldo Plínio Gonçalves, que apesar de manter posição contrária, arrolou aqueles que pensam de modo diferente, dando inclusive suas razões, dentre as quais parece-nos merecer destaque a de Jacy de Assis, que disse: “O código permite, com esta eventual demanda de regresso, no processo incidente, ao autor e ao réu, a satisfação de sua pretensão no mesmo processo principal. Não há, porém, no art. 70, nenhuma sanção e, não havendo, não se pode concluir pela perda do direito material se não ocorrer a denúncia”. Ap. GONÇALVES, Aroldo Plínio, op. cit. p. 203.

devidamente citado não atender à denúncia da lide, e sendo manifesta a procedência da evicção, é lícito ao adquirente – demandado – deixar de contestar ou de recorrer.

Eis aí uma nova problematização! Ficaré o juiz impedido de condenar o réu-adquirente? Os efeitos da coisa julgada repercutirão sobre o terceiro? Como poderá o juiz condenar o terceiro diretamente se o adversário do denunciante não mantém com ele qualquer lastro de relação jurídica primária? Esta condenação agride frontalmente a lógica do sistema de direito processual civil e representa afronta ao artigo 472, todavia, esta é a única solução à vista, pois se agora a lei eximiu o réu denunciante de ofertar até mesmo a defesa, é porque o livrou dos efeitos da condenação. Por outro lado, o autor não poderá ficar no prejuízo, logo, parece-nos, a eficácia da sentença deverá recair sobre o terceiro litisdenunciado que não se defender no prazo legal. Em conclusão, os defendentes da tese da obrigatoriedade agora ganharam novo fôlego, inconstitucional, todavia, nos parece, em razão de impor obstáculo ao acesso à jurisdição.

5.3. O caso da evicção e o procedimento sumário.

A evicção é a perda acarretada por decisão judicial⁸⁷⁴ favorável a terceiro, proferida em ação que lhe reconhece o direito ao domínio, posse, ou uso sobre coisa alienada que se encontrava em poder do adquirente.

⁸⁷⁴ Embora a lei civil fale de sentença construiu-se o entendimento no sentido de que basta que haja uma decisão judicial que prive o adquirente da posse da coisa para justificar a denúncia. Neste sentido decidiu o STJ no REsp nº 19.391-0 – SP. (Registro nº 92.0004796-3). Relator: O Sr. Ministro Barros Monteiro. EMENTA: “*Evicção. Apreensão de veículo por ato de autoridade administrativa. Desnecessidade de sentença judicial. Para o exercício do direito que da evicção resulta ao adquirente, não é exigível prévia sentença judicial, bastando que fique ele privado do bem por ato de autoridade administrativa. Recurso especial conhecido e provido*”.

Pressupõe que alguém aliene a coisa ilegalmente, esta pessoa denomina-se *evictor*, porque transmitiu algo que pertencia a outrem, e transmitiu a alguém que adquiriu de boa fé, denominado: *evicto*.⁸⁷⁵ A regulamentação legal, atual, encontra-se no novel artigo 447 do CC, que pressupõe que a alienação fraudulenta tenha ocorrido em contrato oneroso, pelo qual o alienante tenha se obrigado a resguardar o adquirente dos riscos resultantes da evicção, desde que a responsabilidade de garantia não tenha sido excluída expressamente (artigo 448 do novo CC).⁸⁷⁶

Pois bem, para fins de denúncia da lide, apesar de a lei ter restringido a evicção aos casos de ação reivindicatória, a doutrina⁸⁷⁷ e a jurisprudência estenderam o espectro legislativo para admiti-la em outras espécies de demanda, tais como: em ação declaratória se o pedido de litisdenúnciação for condenatório, sobre esta possibilidade o STF já a admitiu expressamente;⁸⁷⁸ nas possessórias e de usucapião.⁸⁷⁹ Tem-se

⁸⁷⁵ Segundo Maria Helena Diniz “*Evicção é a perda da coisa, por força de decisão judicial, fundada em motivo jurídico anterior, que a confere a outrem, seu verdadeiro dono, com o reconhecimento em juízo da existência de ônus sobre a mesma coisa, não denunciado oportunamente no contrato*”. DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 786-7.

⁸⁷⁶ Antes a evicção vinha disposta no artigo 1107: *Nos contratos onerosos, pelos quais se transfere o domínio, posse ou uso, será obrigado o alienante a resguardar o adquirente dos riscos da evicção, toda vez que se não tenha excluído expressamente esta responsabilidade. Parágrafo único - As partes podem reforçar ou diminuir esta garantia*. O novo texto diz: *Nos contratos onerosos, o alienante responde pela evicção. Subsiste esta garantia ainda que a aquisição se tenha realizado em hasta pública*. Já a possibilidade de supressão da garantia, que antes constava do parágrafo único do artigo 1107, agora logrou artigo específico: o 448 – *Podem as partes, por cláusula expressa, reforçar, diminuir ou excluir a responsabilidade pela evicção*.

⁸⁷⁷ O inciso I do artigo 70, diz na ação em que terceiro **reivindica** a coisa.

⁸⁷⁸ Acórdão do STF em REEx nº 101.253-6 – PR. Relator - O Senhor Ministro Néri da Silveira. Ementa: “*Ação declaratória. Denúnciação da lide. Pretensão dos autores a ver declarado domínio sobre imóveis, adquiridos do Estado do Paraná, situados em faixa de fronteira. Denúnciação da lide ao Estado do Paraná. Julgada a ação declaratória improcedente, reconhecendo ser da União o domínio das terras, em ambas as instâncias, admitindo-se a obrigação do Estado, porém, de indenizar prejuízos resultantes da evicção. Discussão em torno do cabimento da ação declaratória, relativamente ao direito de propriedade. Não se justifica a interpretação restritiva do art. 4º, I, do CPC, que não estabelece qualquer distinção entre direitos pessoais e reais. Código de Processo Civil, art. 70, I. (...) Possibilidade do reconhecimento do caráter condenatório da decisão, na ação de denúncia da lide. O só fato de se haver pleiteado, com sucesso, a denúncia da lide, no âmbito de ação declaratória, não impede sentença de natureza condenatória do denunciado, diante da autonomia, em princípio, das ações principal e incidental. Caráter dúplice da sentença, na espécie. Julgada procedente a ação de denúncia da lide, será a decisão de natureza condenatória, comportando, assim, execução*”. NEGRÃO, op. cit. nota 04, ao artigo 04º (o inteiro teor do acórdão consta da versão em CD).

⁸⁷⁹ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. p. 28.

admitido o uso do inciso I do artigo 70 também nos casos de evicção parcial em ação negatória ou confessória de servidão.⁸⁸⁰ Não tem cabimento: em incidente de falsidade⁸⁸¹

Já defendemos a facultatividade da denunciação da lide por entendermos que a lei processual não previu sanção para o caso de não denunciação, bem como em razão de a Constituição não permitir a exclusão, ainda que feita pela própria lei, visando a suprimir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Mas voltemos para a dogmática do CPC, em relação ao problema da obrigatoriedade da denunciação da lide, só que agora vertido para o procedimento sumário. O código foi alterado pela lei nº 9.245, de 26/12/1995, que, como já foi dito, vedou a intervenção de terceiros neste tipo de rito, nos seguintes termos: inciso I - não será admissível (no sumário) ação declaratória incidental, nem a intervenção de terceiro, salvo assistência e recurso de terceiro prejudicado. Em seguida, a lei nº 10.444/02, mais uma vez modificou a redação do artigo 280, que passou a ter o seguinte conteúdo: *No procedimento sumário não são admissíveis a ação declaratória incidental e a intervenção de terceiros, salvo a assistência, o recurso de terceiro prejudicado e a intervenção fundada em contrato de seguro.*

⁸⁸⁰ “Para que a garantia contra a evicção produza os resultados queridos pela lei civil, a denunciação deve ser admitida toda vez que houver ação do denunciante, ou contra ele, e de que possa resultar a perda da coisa por direito anterior à alienação. O mesmo se aplica quando houver evicção parcial, que ocorre com o reconhecimento de servidão sobre o imóvel, ou pelo desconhecimento, isto é, negativa de servidão em seu favor, o que pode ocorrer em ação confessória ou negatória de servidão”. BARBI, op. cit. p. 202.

⁸⁸¹ Acórdão do STJ em RESP Nº 2.544-SP. (Reg. nº 90.0002629-6). Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo. Ementa: “Processo civil. Denunciação da lide em incidente de falsidade. Descabimento. Dissídio. Recurso não conhecido. - Apresenta-se impertinente a denunciação da lide em incidente de falsidade. - Não se confundem falsidade de assinatura e falsidade de documento. (...) VOTO. Ministro Sálvio de Figueiredo (relator): - Não conheço do recurso, que se apresenta confuso e manifestamente procrastinatório a meu juízo. Não têm razão os recorrentes, a toda evidência, uma vez que a denunciação efetivamente não poderia ocorrer no âmbito do incidente de falsidade. A denunciação da lide, como se sabe, é meio para se obter indenização do denunciado, por prejuízo que o denunciante sofrer com a perda da ação. Com o seu oferecimento, no mesmo processo passam a coexistir duas ações, a saber, a principal, originária, e a secundária, derivada. Destarte, não há por onde buscar ressarcimento, quanto à matéria de fundo, apenas por eventual sucumbência no referido incidente. Sua postulação no incidente de falsidade é de todo impertinente”. NEGRÃO, op. cit. nota 03-c, ao artigo 390.

Mas, consideremos que a denúncia da lide seja tida como obrigatória e pensemos na hipótese de alguém vir a ser demandado através de uma ação reivindicatória, cujo objeto seja um bem de valor abrangido pela alçada do artigo 275, e que o réu tenha adquirido de um terceiro a coisa demandada que, na verdade pertence ao autor. Considerando tratar-se de evicção, estaríamos diante de uma situação conflitante e absurda, na qual o réu sofreria o prejuízo de ver suprimido o seu direito de acionar regressivamente o alienante, quer pela via própria, quer pela litisdenúncia. Se fosse certo que o réu tem o ônus de denunciar (artigo 70), seria isso contraditório, errado, pois, vez que ele não poderia fazê-lo porque ao mesmo tempo em que a lei o obrigou a tal, também, contraditoriamente, o proibiu (artigo 280), salvo se a denúncia fundar-se em contrato de seguro, que não é o caso.

Restam aí três alternativas para garantir o direito de ação do demandado: 01^a - seria a conversão do procedimento sumário para ordinário como o permite o § 4º do artigo 277,⁸⁸² mas é bom não esquecer que essa alternativa só funciona quando a parte que tem o dever de denunciar for o réu, porque no sumário a apresentação da defesa faz-se na audiência na qual se permite ao juiz converter o procedimento. Isso não seria possível, por outro lado, se o ônus da litisdenúncia recaísse sobre o autor, porque segundo o artigo 71, ele deve desincumbir-se logo na petição inicial, mas em face da restrição do artigo 280 não poderia denunciar;⁸⁸³ 02^a - seria aceitar a denúncia da lide no próprio rito sumário, indo de encontro ao artigo 280, já que a solução anterior também estaria a agredir

⁸⁸² Que diz: § 4º - O juiz, na audiência, decidirá de plano a impugnação ao valor da causa ou a controvérsia sobre a natureza da demanda, determinando, se for o caso, a conversão do procedimento sumário em ordinário.

⁸⁸³ CPC, artigo 71: *A citação do denunciado será requerida, juntamente com a do réu, se o denunciante for o autor; e, no prazo para contestar, se o denunciante for o réu.*

a literalidade da lei para os que enxergam no artigo 70, a obrigatoriedade; 03^a - seria admitir a denunciação da lide como ação regressiva autônoma posterior em caso de derrota, hipótese que se apresenta como a melhor solução por ser consentânea com o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, por não excluir do judiciário apreciação de lesão a direito. Frise-se que a ação regressiva pressupõe uma lesão efetiva a direito.⁸⁸⁴ Consideramos esta alternativa como sendo a melhor porque raciocinávamos, *ad argumentandum tantum*, como se a obrigatoriedade fosse operante. Altercamos, em síntese, pela facultatividade da denunciação da lide. Mas também defendemos, com a mesma alteração, o seu cabimento no rito sumário em virtude de aquela restrição ser contraproducente, desde o ponto de vista pragmático.

5.4. Legitimação e procedimento.

A denunciação da lide tanto pode ser feita por quem figura no pólo ativo quanto no passivo na demanda, salvo no caso do inciso II, do artigo 70 (possuidor direto demandado em nome próprio) porque neste caso a lei vinculou-a apenas ao réu.⁸⁸⁵ O prazo para se requerer depende da posição processual da parte: se autora deve fazê-lo na petição inicial, embora Nelson Nery Júnior e Rosa Nery admitam a possibilidade de o

⁸⁸⁴ Cândido Rangel Dinamarco considera um erro legislativo a exclusão da denunciação da lide do rito sumário: “A exclusão da admissibilidade da denunciação da lide do procedimento sumário tem sido considerada um mal e um erro da Reforma do Código de Processo Civil – mas inteligentemente alguns juízes, ao admiti-la em processos sob esse rito, determinam a conversão em ordinário por conta da complexidade maior que então se verifica”. DINAMARCO. *Intervenção de terceiros*, p. 139. Nelson Nery Júnior chega a prever a solução que apontamos no item 03, mas sem o fundamento da inconstitucionalidade, diz o autor: “Ocorrendo isto, o titular do direito de garantia poderá ajuizar ação autônoma deduzindo pretensão decorrente dos direitos que da evicção lhe resultam. Não pode ser apenado com a perda do direito decorrente da evicção...”. NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade, op. cit. p. 498.

⁸⁸⁵ Artigo 70, II - ao proprietário ou ao possuidor indireto quando, por força de obrigação ou direito, em casos como o do usufrutuário, do credor pignoratício, do locatário, o réu, citado em nome próprio, exerça a posse direta da coisa demandada;

autor requerê-la em momento posterior, quando ocorrer fato superveniente justificador do ajuizamento após a instauração do processo pela possibilidade de vir a ocorrer a evicção. Mas não parece que nesse caso seja isso possível, pois é pressuposto da evicção a perda da coisa em decorrência de decisão judicial e a hipótese admitida por estes eminentes processualistas apenas vislumbra o ajuizamento de uma ação reivindicatória que *pode* provocar a perda da coisa.⁸⁸⁶ Se o litisdenuciante for o réu, deve fazê-la no prazo da contestação, não há necessidade de que seja na mesma peça, isto é, conjuntamente com a contestação, como ocorre com a reconvenção (artigo 299). Notemos que a denunciação da lide é possível ao reconvindo, todavia, neste caso ele atua na condição de demandado, não de demandante.

Como a denunciação da lide tem natureza jurídica de ação, o seu requerimento equivale à verdadeira propositura de ação autônoma, devendo, por isso mesmo, atender às exigências dos artigos 282-3, principalmente com atenção para a exposição da fundamentação da causa. Requerida a denunciação da lide e não sendo indeferida de plano⁸⁸⁷ deve o juiz ordenar a citação assinando o prazo de quinze dias para apresentação

⁸⁸⁶ “... quando apenas no curso do processo surgir a possibilidade de ocorrer a evicção contra o autor, este poderá ajuizar a ação de denunciação da lide fora da petição inicial. Por exemplo, o autor pode ser surpreendido com a propositura da reconvenção ou ADI de conteúdo reivindicatório que, se julgada procedente, faria com que perdesse a propriedade por sentença judicial (evicção). No prazo da resposta para a reconvenção pode autor-reconvindo denunciar a lide ao alienante”. NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade, op. cit. p. 504. Mas, no sentido de que a evicção requer a perda da coisa, firma-se a maioria da doutrina, tal como já demonstramos com Maria Helena Diniz. No mesmo sentido, diz Gabriel de Rezende Filho que: “*Evicção é a perda que o possuidor da coisa adquirida sofre em virtude de uma sentença obtida por terceiro que à mesma coisa tinha direito anterior à transferência*”. Ap. AMARAL SANTOS, Moacyr, op. cit. p. 28. O STJ também considera ser fundamental para caracterizar a evicção que tenha havido a perda da pose ou da propriedade, mas em relação a esta última isso deverá ocorrer de forma definitiva, ao passo que no exemplo dado por Nelson Nery Júnior e Rosa Nery isso sequer ocorreu, ainda que provisoriamente. Vejamos a posição do STJ: REsp nº 51.875-RELAÇÃO JURÍDICA. (Reg. nº 94/0023231-4). Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. EMENTA: “*Civil. Evicção. Apreensão do veículo por autoridade policial. Indenização. Procedência. Desnecessidade de sentença judicial. Precedentes da turma. Recurso provido. - A caracterização da evicção se dá pela perda definitiva da propriedade ou da posse do bem, estando a entender doutrina e jurisprudência, inclusive da 4ª Turma, que essa perda se pode dar também em decorrência de apreensão por autoridade policial, e não apenas por sentença judicial*”. Note-se que apesar de a ementa vislumbrar a hipótese de perda por ato de autoridade policial, isso, obviamente, cinge-se à pose sendo impossível estender-se à propriedade.

⁸⁸⁷ Caso que comporta o recurso de agravo, todavia.

da defesa, ao mesmo tempo em que deve determinar a suspensão do processo principal (artigo 72). A citação do litisdenunciado deve ocorrer: 01- em dez dias quando residir na mesma comarca; 02- em trinta dias, quando residir em outra comarca ou em lugar incerto. Se a citação não ocorrer no prazo marcado a ação prosseguirá unicamente em relação ao denunciante, é o que diz a lei. Mas o STJ vem decidindo, com elogiável razoabilidade, que se a culpa pela não realização da citação não recair sobre o litisdenunciante o mesmo não poderá ser penalizado.⁸⁸⁸

5.5. Natureza da tutela; sucessividade; ação principal e secundária; o terceiro como assistente litisconsorcial.

A espécie de tutela manejada na denunciação da lide será sempre de natureza condenatória,⁸⁸⁹ mesmo que a ação principal seja de espécie distinta como, por exemplo, se se tratar de ação declaratória. A sucessividade de denunciação da lide, isto é, a possibilidade de quem for denunciado também requerer a denunciação de outrem, vinha expressa no CPC de 1939, no artigo 95, § 3º, que admitia ao denunciado chamar outrem à autoria e assim sucessivamente. Hoje, apesar da falta de clareza, resta admitida com base no artigo 73 do código atual.⁸⁹⁰ Mas a jurisprudência, ao interpretar este dispositivo, vem conferindo poderes ao juiz para negar pedidos sucessivos de denunciação quando sua admissão

⁸⁸⁸ STJ, REsp nº 3.508 – RJ (Registro nº 90.5369-2). Relator: O Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro. EMENTA: “Denunciação da lide. Citação do litisdenunciado. A consequência prevista no art. 72, § 2º, do CPC, somente há de impor-se em caso de culpa ou dolo imputável ao denunciante. Ausência, ademais, de prejuízo para a denunciada. Recurso especial não conhecido”.

⁸⁸⁹ Diferentemente da oposição, que pode vir sob a modalidade declaratória ou constitutiva.

⁸⁹⁰ Artigo 73 do CPC: Para os fins do disposto no Art.70, o denunciado, por sua vez, intimará do litígio o alienante, o proprietário, o possuidor indireto ou o responsável pela indenização e, assim, sucessivamente, observando-se, quanto aos prazos, o disposto no artigo antecedente.

**provocar delonga processual em detrimento da parte adversa do
litisdenunciante.⁸⁹¹**

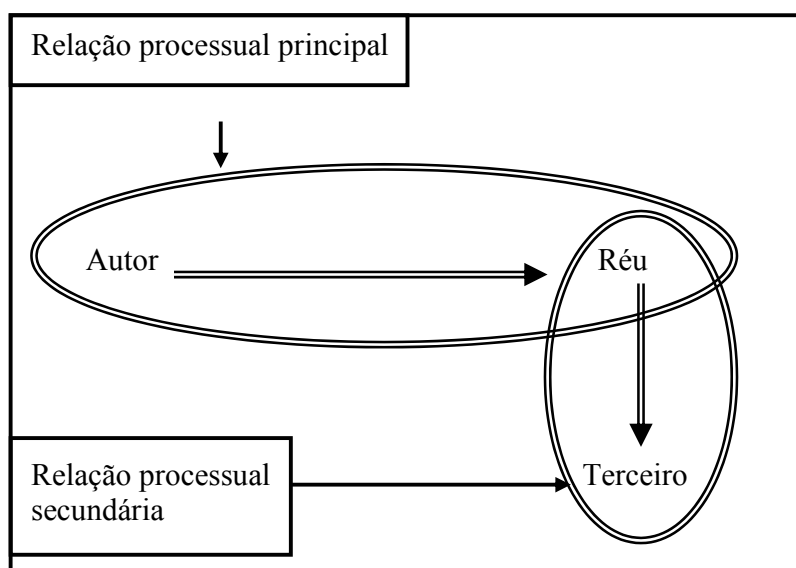
O CPC falhou mais uma vez quando, nos artigos 74 e 75, I, considerou o litisdenunciado como litisconsorte do litisdenunciante.⁸⁹² Não se trata de litisconsorciação porque o terceiro, nesse caso, não tem direito algum contra o adversário do denunciante, e vice-versa, logo não tem legitimidade para ser admitido como parte principal na ação principal. Por outro lado, o terceiro tem sim interesse jurídico na vitória da parte que o denuncia ao processo, porque se esta for vencedora isso implicará na perda de objeto da denúncia, e ainda fará jus ao auferimento das verbas indiretas (despesas processuais e honorários). Por isso, a posição processual do terceiro aqui é de assistente litisconsorcial e não de litisconsorte. Aliás, o novo código civil pelo inciso III do artigo 450, esclareceu que além da restituição do valor das custas processuais o evicto tem direito à percepção de honorários advocatícios. A norma congênere era o inciso III do artigo 1109 do código revogado, que apenas falava em custas judiciais.

A lei é falha, quando diz que o terceiro assumirá posição de litisconsorte, porque não se pode esquecer que na denúncia da lide há, pelo menos, duas relações processuais: a principal que se dá entre Autor

⁸⁹¹ Acórdão do Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 9.876 – SP (Registro nº 91.0006558-7). Relator: Exmo. Senhor Ministro Athos Carneiro. EMENTA: “*Denúnciação da lide. Artigo 70, III, do Código de Processo Civil. Denúnciações sucessivas, possibilidade de indeferi-las. Embora admitida exegese ampla ao disposto no artigo 70, III, do CPC, não está obrigado o magistrado a admitir sucessivas denúncias da lide, devendo indeferi-las (certamente que com resguardo de posterior ação direta), naqueles casos em que possa ocorrer demasiada demora no andamento do feito, com manifesto prejuízo à parte autora*”.

⁸⁹² **Artigo 74:** *Feita a denúncia pelo autor, o denunciado, comparecendo, assumirá a posição de litisconsorte do denunciante e poderá aditar a petição inicial, procedendo-se em seguida à citação do réu. Artigo 75: Feita a denúncia pelo réu: I - se o denunciado a aceitar e contestar o pedido, o processo prosseguirá entre o autor, de um lado, e de outro, como litisconsortes, o denunciante e o denunciado.*

contra Réu; e a relação secundária (denúnciação) formada entre réu ou autor, a depender de quem faça a litisdenúnciação, e o terceiro. No processo secundário a posição do terceiro será sempre de réu, se for denunciado pelo réu será réu do réu:

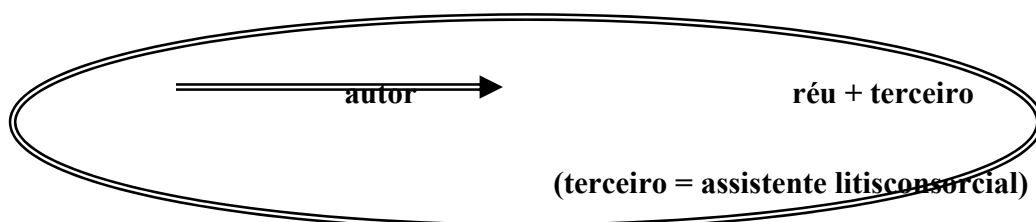


Como se observa facilmente pelo gráfico acima, no exemplo dado, que representa a denúncia da lide na forma mais simplificada possível, existem dois processos:⁸⁹³ na relação processual principal o terceiro somente participa na condição de coadjuvante da parte que o denuncia, no exemplo supra, o réu figurará na demanda juntamente com o terceiro, cuja função processual será de assistente litisconsorcial:

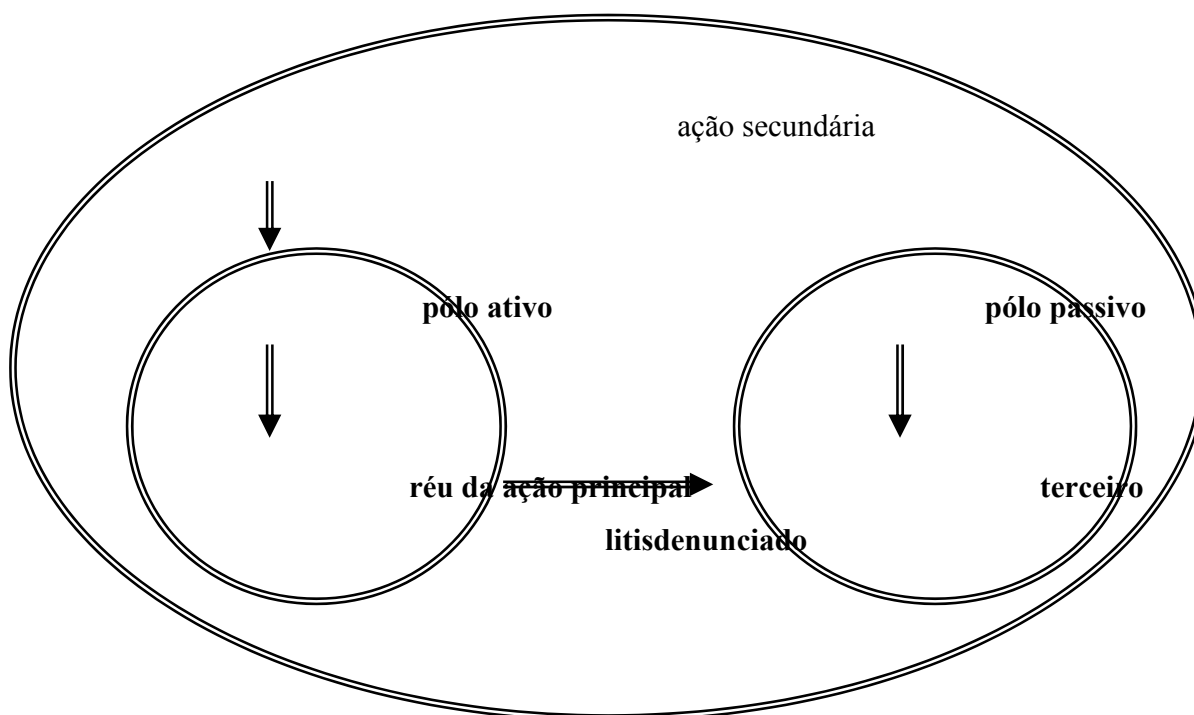
ação principal



⁸⁹³ Posto que consideramos o *processo* no mais estrito sentido vilanoviano, ou seja, como relação jurídica angular.



Entretanto, na relação processual secundária o autor da causa principal não participa. Até o advento do novel parágrafo único do artigo 456 do código civil, era exatamente essa falta de participação que impedia a condenação direta do terceiro – demandado pelo réu – em face do autor.⁸⁹⁴ Na ação secundária o terceiro é réu do réu. É por isso que o terceiro tem de contestar a ação regressiva da denúncia da lide, pois de outra forma corre o risco da revelia:⁸⁹⁵



⁸⁹⁴ Lembrando que o novo CC exige que a procedência da evicção deve ser manifesta.

⁸⁹⁵ “Na oportunidade de comparecimento o denunciado deverá também contestar a ação de indenização que contra ele constitui a denúncia da lide. Se não o fizer, haverá revelia quanto a essa ação, o que poderá levá-lo a ser condenado, a indenizar, caso o denunciante seja vencido”. BARBI, op. cit. p. 210.

E quando a denúncia for feita pela parte autora a citação do terceiro deve sempre ocorrer antes da do réu, por uma razão de ordem lógica: é que como o terceiro tem direito de aditar a petição inicial, se o réu for citado antes dele e houver aditamento será indispensável a reabertura do prazo de defesa ao réu, sob risco de cerceio ao seu direito ao contraditório. Isto significaria um tumulto na marcha do processo, logo, o bom senso determina que antes de se fazer a citação do réu faça-se a do terceiro.⁸⁹⁶ O aditamento da petição inicial pode ocorrer no prazo de quinze dias, malgrado a lei tenha sido omissa quanto ao prazo é isso que se conclui pela interpretação dos artigos 297 c/c 241.⁸⁹⁷

Relembre-se: a condição do terceiro, diferentemente do que diz a lei, não é de litisconsorte,⁸⁹⁸ mas sim de assistente, apesar de poder aditar a petição inicial, faculdade, aliás, que o assistente regido apenas pelos artigos 50-55, não possui. Nos parece que a hipótese de assistência existente na denúncia da lide não é do tipo simples, mas sim litisconsorcial, dentre outros motivos, porque o terceiro-denunciado não é atingido (direta ou indiretamente) pelos efeitos da sentença proferida na ação principal, salvo nos termos já descritos quando comentamos ao assunto em relação ao assistente, isto é, pelos fundamentos da sentença; depois, parece impensável que um assistente simples pudesse angariar uma tal gama de poderes processuais tal como se dá com o litisdenunciado.⁸⁹⁹ A

⁸⁹⁶ BARBI, op. cit. p. 210.

⁸⁹⁷ Opinando pelo prazo de quinze dias para o aditamento, veja-se: NEGRÃO, op. cit. em comentário ao artigo 74.

⁸⁹⁸ Já que é adversário do denunciante, como observa Celso Agrícola Barbi, op. cit. p. 209.

⁸⁹⁹ “Embora a norma fale em litisconsórcio, o denunciado é assistente simples (CPC 50) do denunciante. Primeiro porque não tem relação jurídica com o adversário do denunciante, não podendo ser litisconsorte, pois lhe faltaria legitimidade para a causa; segundo porque tem interesse jurídico em que o denunciante vença a demanda, para que se desobrigue de indenizá-lo em regresso”. NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade, op. cit. p. 508. Parece que a razão deste entendimento decorre do fato de estes autores considerarem o assistente litisconsorcial como uma espécie de litisconsorte facultativo, posto que quando comentam o artigo 54, dizem: “A norma regula a assistência litisconsorcial ou qualificada. Assemelha-se, de forma prática, a uma espécie de litisconsórcio facultativo ulterior”. Ibidem, p. 482. Bem, para quem defende que o assistente

jurisprudência sobre este tema é tão controvertida quanto à própria doutrina, aliás, o dissídio jurisprudencial nada mais representa que uma própria decorrência da dissensão doutrinária: o TJPR e o TJES consideram o litisdenunciado como assistente simples,⁹⁰⁰ o STJ concebe-o como litisconsorte do denunciante, mas apenas para fins processuais.

litisconsorcial é litisconsorte, nada mais coerente sustentar que o denunciado da lide é assistente simples, pois de forma contrária a crítica ao artigo 74 perderia o sentido. Nós, porém, como entendemos que o assistente litisconsorcial não pode ser equiparado ao litisconsorte, por questão de coerência lógica, também defendemos que a lei errou nos artigos 74-7, ao considerar o litisdenunciado como litisconsorte, porque o terceiro é assistente do litisdenunciante no que tange à relação processual principal, mas a espécie desta assistência é litisconsorcial. Observe-se que quando um litisconsorte intervém num processo a sentença o atinge integralmente, ou seja, a coisa julgada reflete-se sobre ele em sua integridade e isso por conta de sua condição de parte. Outra é a situação em relação ao assistente, posto que, como já foi aqui demonstrado, a sentença só faz coisa julgada em relação a ele quanto aos seus fundamentos e isso por conta de sua condição de terceiro. Cândido Rangel Dinamarco, por exemplo, entende que o terceiro denunciado é sim assistente litisconsorcial: **“Não é litisconsorte, portanto, senão mero assistente – ainda que assistente litisconsorcial, ou seja, qualificado”**. E em razão da carga mais elevada de poderes que esse tipo de assistente possui, este autor registra: **“... também aqui a assistência a ser prestada pelo denunciado ao denunciante abre-se num conjunto muito rico de possibilidades de participação. Mesmo assim, o assistente litisconsorcial é sempre um assistente nunca um litisconsorte. Ele continua a sê-lo ainda quando equiparado a este em seus poderes, faculdades, ônus, deveres, etc., ou mesmo quando diga a lei que ele se considera um litisconsorte”**. Dinamarco dá-nos um exemplo prático que esclarece deveras a distinção posta aqui em questão: **“Por exemplo: a procedência da ação reivindicatória proposta em face do denunciante importará somente condenação deste a entregar o bem reivindicado, jamais do denunciado também – o que sucederia se, absurdamente, ele fosse litisconsorte de quem lhe denunciou a lide. Mas, julgada essa causa e passando em julgado a sentença, o denunciado jamais poderá sustentar que a ação reivindicatória fosse improcedente ou não comportasse julgamento pelo mérito. Em palavras liebmanianas: a eficácia da sentença não atinge diretamente o terceiro, mas a sua autoridade impede que ele possa sustentar validamente algum fundamento contrário ao decidido”**. Sobre tudo o que foi transcrito de Cândido Rangel Dinamarco nesta nota, veja-se *Intervenção de terceiros*, op. cit. p. 145-7. Sem negrito no original.

⁹⁰⁰ Sobre a jurisprudência paranaense veja-se o acórdão: número do processo: 1147. Órgão julgador: terceira câmara cível. Data de julgamento: 15.05.90. Relator: Juiz Pacheco Rocha. Decisão: Unânime. Número de arquivo do acórdão: 0501685. E sobre a jurisprudência do TJES, veja-se: acórdão nº 012969000822, publicado em: 040397. Des. Pedro Valls Feu Rosa. Fonte de pesquisa: CD Informa da Prolink Software. E sobre a jurisprudência do STJ, veja-se o acórdão proferido no REsp Nº 25.519-7 – SP (Registro nº 92190987). Relator: O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves. EMENTA: **“Denúnciação da lide. Posição do IRB, nas ações de seguro. Litisconsórcio. Recurso. Prazo para litisconsortes com diferentes procuradores. 1. Nas ações de seguro, o IRB é considerado litisconsorte necessário (Decreto-lei nº 73/66, art. 68). Precedentes da 3ª Turma do STJ: REsp 11.629. 2. Na denúnciação da lide, a posição do denunciado pelo réu é a de litisconsorte do denunciante. O litisdenunciado equipara-se ao litisconsorte, ainda que só “para efeitos estritamente procedimentais” (Cód. de Pr. Civil, art. 75-I). Opinião doutrinária, num e noutro sentido. Precedentes do STJ: REsp’s 1.894, 5.460 e 14.854. 3. No caso de diferentes procuradores, conta-se em dobro o prazo para recorrer (Cód. de Pr. Civil, art. 191). 4. Ação de seguro, julgada totalmente improcedente pelo acórdão. Caso em que ocorreu exame de prova e de cláusulas contratuais, cujo reexame não cabe em recurso especial (Súmulas 5 e 7/STJ). 5. Recurso especial conhecido, em parte, pela alínea “c”, relativamente à preliminar, mas ao qual a Turma negou provimento”**. Fonte de pesquisa: NEGRÃO, op. cit. nota 2b, artigo 75.

5. 6. Procedimentos admissíveis; revelia do terceiro; julgamento simultâneo e extinção antecipada: a natureza da sentença.

Após a reforma do CPC empreendida pela lei nº 9.245, de 26/12/1995, e pela lei nº 10.444/02, a denunciação da lide só tem cabimento, atualmente em processos regidos pelos procedimentos: ordinário, sumário – se lastreada em contrato de seguro –, e nos de rito especial que sejam com ela compatíveis. Nas ações executivas são incabíveis pela razão já mencionada a respeito da oposição, ou seja, incompatibilidade da execução com a tutela de conhecimento. Nos embargos à execução também não se admite a denunciação da lide em razão da sua adstrição à ação executiva.

Segundo o artigo 75, II e III, se o denunciado for revel, ou comparecer apenas para negar a qualidade que lhe foi atribuída, cumprirá ao denunciante prosseguir na defesa até o final e se o denunciado confessar os fatos alegados pelo autor, poderá o denunciante prosseguir na defesa. Estes dois incisos deixam claro que na denunciação da lide há, no mínimo, duas relações processuais. Quando a lei aventou a possibilidade de haver revelia e, ao mesmo tempo, determinar que o denunciante prossiga na demanda referiu-se apenas à ação secundária, ou seja, à denunciação da lide. Não há que se aventar a possibilidade de o terceiro ser revel na ação principal porque nela apenas figura como assistente do denunciante. E no caso de confissão do terceiro, a distinção das duas relações processuais aclara-se ainda mais quando se permite ao denunciante prosseguir na sua defesa. Saindo vitorioso o denunciante, isso implicará na sua derrota na demanda acessória (denunciação da lide), pois mesmo que o réu (terceiro) seja revel ou réu confesso (na denunciação da lide), malgrado isso poderá sair vencedor no processo. Tal vitória ocorrerá sempre que ocorrer a

derrota do adversário do denunciante pela óbvia razão de não haver o que indenizar regressivamente.

A sentença na denunciação da lide terá sempre um dispositivo complexo, na verdade haverá, no mínimo, dois dispositivos, duas sentenças: uma que julga ação principal entre o denunciante e o seu adversário; outra que julga a ação secundária de denunciação da lide entre denunciante e terceiro. Em cada caso deve o juiz aplicar as sanções de ordem direta, isto é, material, e de ordem indireta, ou seja, processual (despesas, honorários advocatícios, etc.). Embora a sentença proferida na ação principal possa não ser condenatória, a da denunciação da lide, que julgar procedente o pedido, necessariamente, o será, posto se tratar de ação indenizatória, portanto, condenatória. Por isso diz a lei (artigo 76) que ela tem força de título executivo, enfim, como não pode haver execução que não decorra de um comando judicial condenatório (artigo 584, I), a sentença, conseqüentemente, deve possuir tal natureza.

A interpretação edificada sobre o artigo 76⁹⁰¹ é no sentido de que a ação principal e a denunciação da lide devem ser julgadas pela mesma sentença. Isso também ocorre com a oposição quando ela for julgada simultaneamente com a demanda principal⁹⁰² e, ainda, com a reconvenção (artigo 318)⁹⁰³ e com as ações conexas que forem apensadas (artigo 105).⁹⁰⁴ Em face disso não pode o juiz omitir-se na decisão da denunciação da lide, ao julgar a controvérsia principal, se isso ocorrer a sentença será nula. Mas esta nulidade é suprável através de embargos declaratórios e na hipótese de transitar em julgado, padecendo desse vício,

⁹⁰¹ Artigo 76: *A sentença, que julgar procedente a ação, declarará, conforme o caso, o direito do evicto, ou a responsabilidade por perdas e danos, valendo como título executivo.*

⁹⁰² Artigo 61: *Cabendo ao juiz decidir simultaneamente a ação e a oposição, desta conhecerá em primeiro lugar.*

⁹⁰³ Artigo 318: *Julgar-se-ão na mesma sentença a ação e a reconvenção.*

⁹⁰⁴ Artigo 105: *Havendo conexão ou continência, o juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pode ordenar a reunião de ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente.*

pode ainda ser rescindida pela via da ação rescisória (artigo 485).⁹⁰⁵ A decisão judicial que põe fim ao processo contra o terceiro-denunciado será sempre sentença mesmo que comporte o recurso de agravo. Nem sempre a espécie recursal perfaz adequação perfeita ao ato recorrido. O raciocínio em matéria de denunciação da lide deve levar em consideração se a extinção do processo em relação ao terceiro se dá conjuntamente com o julgamento da ação principal, ou de forma antecipada.

Note-se que apesar de o artigo 76 dizer, implicitamente, que a denunciação da lide deve ser julgada conjuntamente com a ação principal, às vezes acontece de o juiz indeferir, de imediato, o requerimento de denunciação da lide tal como também se verifica, exemplificativamente, com a reconvenção. A hipótese, pois, é a mesma: o juiz rejeita a denunciação da lide ou a reconvenção e prossegue com a ação.⁹⁰⁶ Nesse caso o recurso cabível é o agravo e não a apelação, mas o ato judicial não é decisão interlocutória, trata-se de sentença impugnável através de agravo simplesmente por não ser admissível a apelação por instrumento, a questão é de natureza prática. Processualmente falando o ato que exclui um denunciado da lide é, em relação a ele, sentença, pois conforme o artigo 162 a sentença é o ato do juiz que põe termo ao processo, e nesse caso o processo deixa de existir entre denunciante e denunciado. Observe-se que não se trata de *questão incidente* para fins de enquadramento no conceito de decisão interlocutória, porque na denunciação da lide existem duas ações, logo, duas relações processuais distintas e inconfundíveis e uma delas é, nesta hipótese, fulminada.

7. Do chamamento ao processo (artigos 77-80).

⁹⁰⁵ NEGRÃO, op. cit. em comentários ao artigo 76.

⁹⁰⁶ Ambas têm natureza de ação.

O chamamento ao processo é uma espécie de intervenção de terceiros do tipo facultativa e somente pode ser exercida pelo réu, no prazo da contestação. A bem da verdade, assim como acontece com a nomeação à autoria, o terceiro aqui também não é terceiro quanto à relação jurídica de direito material. O chamado ao processo só pode ser considerado como terceiro em face da teoria cronológica, ou seja, até ingressar no processo, pois, no âmbito do direito material ele efetivamente participou da relação jurídica linear-substantiva-primária.

Tal como resta bem explicado na exposição de motivos do CPC, por Alfredo Buzaid, este instituto foi trazido ao direito processual civil brasileiro pelo CPC de 1973, inspirando-se no direito português que o nominava de *chamamento à demanda*.⁹⁰⁷ Hoje, todavia, o código de processo civil lusitano não contempla esta modalidade interventiva com esta denominação específica. Sua incidência restringe-se aos casos nos quais o terceiro-chamado participou da relação de direito material deduzida no processo pendente, tal participação ou se deu numa relação contratual de fiança ou de dívida solidária. Nos termos do artigo 77 do CPCB, o chamamento ao processo tem cabimento quando o réu pretenda chamar: I - o devedor principal, na ação em que o fiador for réu; II - os outros fiadores, quando para a ação for citado apenas um deles; III - de todos os devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns deles, parcial ou totalmente, a dívida comum.

⁹⁰⁷ “No capítulo ‘Da intervenção de Terceiros’, foi incluído o instituto do ‘Do Chamamento ao Processo’, à semelhança do Código de Processo Civil português (art. 330). O projeto admite o chamamento do devedor na ação intentada contra o fiador; dos outros fiadores, quando a ação for proposta contra um deles; e de todos os devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns deles, parcial ou totalmente, a dívida comum (art. 82). A vantagem deste instituto está em que a sentença, julgando procedente a ação, condenará os devedores, valendo como título executivo em favor do que satisfizer a dívida, para exigí-la, por inteiro, do devedor principal, ou de cada um dos co-devedores, a sua quota, na proporção que lhe tocar (art. 85)”. BUZAID, Alfredo. *Exposição de motivos do código de processo civil*, constante do CPC da Saraiva. 31. ed. São Paulo: Saraiva, p. 10. No sentido de que o instituto deriva do chamamento à demanda, veja-se BARBI, Celso Agrícola, op. cit. p. 215, e SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. p. 36. E, principalmente, CHEIM JORGE, Flávio, em obra monográfica intitulada “*Chamamento ao Processo*”, RT, 1997, p. 13-5, onde o autor traça comentários sobre os debates existentes acerca do (des)acerto legislativo que modificou o projeto originário que denominava o instituto de chamamento à ação.

Em todos esses casos ocorrerá a formação de litisconsórcio, cuja classificação obedecerá, sempre, ao seguinte: 01- será do tipo passivo-facultativo, pois se baseia ou na comunhão de direitos, ou de obrigações, relativamente à lide (direito material), caso do inciso I do artigo 46, ou no detalhe de os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito (caso do inciso II do mesmo dispositivo),⁹⁰⁸ e como o chamamento ao processo é uma “faculdade” da parte ré, que pode utilizá-la no prazo da contestação, não logrando, assim, foro de obrigatoriedade, conseqüentemente, o litisconsórcio que daí pode advir é do tipo passivo-facultativo, obviamente;⁹⁰⁹ 02- trata-se, também, de litisconsórcio ulterior porque sua formação ocorrerá, necessariamente, depois da formação da relação processual, o chamamento ao processo é o único caso em que o réu pode dar origem ao litisconsórcio facultativo ulterior.⁹¹⁰ Observe-se que na denúncia da lide o terceiro-denunciado não possui status de litisconsorte e sim de assistente litisconsorcial, no tocante à relação processual principal, e de réu do denunciado, na relação processual secundária; 03- enfim, o litisconsórcio do chamamento ao processo é unitário, ou seja, a lide deve ser decidida da mesma forma para todos os réus, quando se tratar de lide envolvendo solidariedade ou quando as defesas apresentadas forem comuns.⁹¹¹ Este é o entendimento da maioria da doutrina, todavia, Flávio Cheim Jorge considera que no chamamento ao processo o litisconsórcio é do tipo simples. Para ele o litisconsórcio unitário

⁹⁰⁸ CHEIM JORGE, Flávio, op. cit. p. 29-30.

⁹⁰⁹ Certo que se no pólo ativo verificar-se a presença de mais de um credor, aí haverá litisconsórcio recíproco. Sendo certo que o litisconsórcio ativo também será facultativo.

⁹¹⁰ Tal entendimento é secundado por Cândido Rangel Dinamarco e Flávio Cheim Jorge, confira-se a opinião do primeiro em seu *Litisconsórcio*, p. 332, e a do segundo, que, aliás, transcreve a opinião do primeiro em seu *Chamamento ao processo*, p. 31-2. Frise-se que a transcrição do texto de Cândido Rangel Dinamarco, feita Flávio Cheim Jorge, foi conferida e retrata fielmente a posição do autor.

⁹¹¹ FACHIN, Luiz Edson. *Intervenção de terceiros no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 32.

mantém pertinência com os casos em que há apenas uma única lide, se houver mais de uma lide será caso de litisconsórcio simples.⁹¹² Ocorre que no caso do chamamento ao processo há apenas uma única lide e não mais de uma. Quando se questiona o sentido e alcance da expressão *lide*, não se pode perder de vista que Alfredo Buzaid a utilizou, no CPC, com o restrito sentido de *mérito*, para designar o conflito de interesses pré-processual caracterizado pela resistência de uma das partes integrantes da relação linear, de direito material, ao exercício da pretensão, pela outra parte.⁹¹³ Na opinião de Cheim, nos casos de solidariedade há mais de uma lide: *“No caso específico da solidariedade é justamente isto que ocorre. Não existe apenas uma lide, cada devedor solidário tem a sua lide e a sua defesa”*.⁹¹⁴

Não concordamos com este entendimento, *data venia*, a lide designa a relação jurídica material linear (no sentido de Lourival Vilanova), no caso da solidariedade passiva há uma única lide porque há apenas um único vínculo a unir credor, de um lado, e devedores, de outro. Quando A celebra contrato com B, C e D, no qual estes são devedores solidários, e quando A ingressa em juízo para cobrar a dívida, ele o faz para cobrar a totalidade do débito, mesmo que o exigindo em face apenas de B, exemplificativamente. Ora, havendo o chamamento ao processo de C e D eles integrarão a mesma relação processual, cujo objeto é representado por aquele mesmo contrato (causa de pedir remota) e a sentença decidirá aquela mesma lide contratual, noutras palavras, não há mais de uma lide. E o julgamento deve ser uniforme porque mesmo que um devedor tenha cumprido sua parte na avenca, pagando o que era devido, e os outros

⁹¹² “Na realidade o que há é uma distorção no entendimento e na própria compreensão do litisconsórcio unitário. Em nosso modo de entender, o conceito fornecido pelo Código de Processo Civil não se configura o mais correto tecnicamente. Como visto, o referido diploma o define como: ‘quando o juiz tiver de julgar a lide de modo uniforme para todas as partes’. Ora, julgar a lide de modo uniforme para todas as partes, é julgar mais de uma lide, o que traduz hipótese de não existência de litisconsórcio unitário. No litisconsórcio unitário somente existe uma lide a ser decidida, entretanto, com pluralidade de titulares”. CHEIM JORGE, Flávio, op. cit. p. 33.

⁹¹³ Mesmo que Buzaid tenha deixado passar algumas vinculações da expressão *lide* ao processo, mesmo assim, no caso do chamamento ao processo, no contexto acima recorrido, lide traduz mérito.

⁹¹⁴ CHEIM JORGE, Flávio, op. cit. p. 33.

tenham restado inadimplentes, não obstante isto o credor pode exigir o pagamento da parte faltante de qualquer dos devedores, inclusive daquele que foi adimplente.

De se esclarecer, ainda, que é a sentença proferida no chamamento ao processo seja de natureza condicional. Sobre o assunto, remetemos o leitor para o capítulo 842

CAPÍTULO 11

DA COMPETÊNCIA

1. Conceito.

A competência é ‘*medida*’ da *jurisdição*, função estatal com o escopo de dizer o direito, destinada a dirimir conflitos sociais (lides). O CPC (artigo 86) disse que as causas cíveis serão processadas e decididas pelos juízes ressaltando a faculdade de as partes instituírem o juízo arbitral.⁹¹⁵ Os juízes, portanto, são os agentes estatais investidos na função jurisdicional, mas a sua jurisdição estende-se sobre o território da sua comarca, embora as suas decisões sejam válidas em todo o território nacional.⁹¹⁶ A jurisdição é una, no sentido já estudado, mas por questão de razão prática o Estado criou vários órgãos jurisdicionais para atuarem a jurisdição conforme a matéria em lide (como, por exemplo, a justiça do trabalho e militar, etc), bem como conforme a pessoa em lide (justiça federal). É certo que um juiz do trabalho tem jurisdição, assim como o juiz federal e o de direito. Entretanto, não se pode afirmar que esses órgãos têm *competência* para julgar todas as causas. Eles, apesar de deterem poder jurisdicional, o têm de maneira limitada.

Pode-se afirmar, assim, que a competência é a delimitação da jurisdição, é a sua medida efetivada por razão de ordem prática em face: da matéria, da pessoa, da hierarquia, do território e do valor. Trata-se de um pressuposto processual subjetivo do juiz, ou seja, de um requisito sem o qual a relação jurídica processual não se constitui nem se desenvolve

⁹¹⁵ Artigo 86: *As causas cíveis serão processadas e decididas, ou simplesmente decididas, pelos órgãos jurisdicionais, nos limites de sua competência, ressalvada às partes a faculdade de instituírem juízo arbitral.*

⁹¹⁶ Neste sentido o artigo 1º do CPC diz: *A jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juízes, em todo o território nacional, conforme as disposições que este Código estabelece.*

validamente e acarretará a extinção do processo sem julgamento do mérito.⁹¹⁷ A competência, como se vê, restringe o exercício da jurisdição de acordo com estes critérios.

2. Da competência ou jurisdição internacional.

Ao tratar do tema da competência internacional nos artigos 88 a 90, na verdade o CPC cuidou mesmo foi de jurisdição internacional. Isso é uma decorrência de que se o juiz não possui jurisdição não poderá possuir competência, porque esta é derivada daquela.⁹¹⁸ Quando falamos sobre os princípios que orientam a jurisdição, anotamos o da *aderência da jurisdição ao território*, pelo qual o juiz somente poderá exercer a jurisdição nos limites territoriais de sua comarca. Mas, observe-se que a jurisdição de um país, em princípio, apenas tem eficácia nos seus respectivos limites territoriais. Sendo a jurisdição função de soberania de cada Estado, uma decisão judicial de determinado país somente produzirá efeitos noutro país se este a admitir. Nos casos dos blocos internacionais como a União Européia, por exemplo, as regras jurídicas deste organismo têm eficácia nos territórios dos países aderentes do pacto internacional. Mas, ainda assim, isso só ocorre porque cada país, individualmente, adere ao pacto. Por isso, quando se diz que as Constituições européias são *abertas* às normas emanadas da Comunidade Européia, não quer isso significar que os países estão abrindo mão de sua soberania. Pelo contrário, quando permitem que uma norma internacional tenha eficácia em seu território com status hierárquico superior, inclusive, às suas normas jurídicas internas, se assim ocorre, é porque cada Estado, individualmente falando, no exercício de sua soberania, permite que isso aconteça.

Então a regra, que continua válida, é que uma decisão judicial ou uma norma jurídica geral somente terá eficácia no território de outros países se estes consentirem. Fala-se então em competência, ou jurisdição internacional. E no Brasil ela está disciplinada nos artigos 88 a 90 do CPC, e subdivide-se em *exclusiva* e *concorrente*.

⁹¹⁷ Com base no artigo 267: *Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito: IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo.*

⁹¹⁸ NERY JÚNIOR e NERY, Rosa, op. cit. p. 373 e 540, onde, citando Arruda Alvim, esclarecem os autores que: “A despeito de falar em competência, a norma regula na verdade a jurisdição brasileira para julgar as causas que enumera”.

2.1. Da jurisdição internacional exclusiva.

A matéria veio disciplinada, primeiramente, na lei de introdução ao código civil, sendo, posteriormente, regradada pelo próprio CPC. Como já afirmamos, uma regra jurídica geral ou individual (decisão judicial, inclusive) só tem validade no território de outros países se os mesmos permitirem. Por isso o CPC disse no artigo 89 que as decisões sobre determinadas causas só terão validade no território brasileiro se forem julgadas, exclusivamente, pelos juízes brasileiros.⁹¹⁹

Estas causas só podem ser processadas e julgadas no Brasil. Inicialmente o artigo 89 referiu-se a causas atinentes a imóveis situados no Brasil, devendo-se observar que a lei não restringiu tais causas às ações fundadas em direitos reais imobiliários. Logo, a interpretação faz-se no sentido de que são causas exclusivas à decisão da autoridade judiciária brasileira as referentes a imóveis, abrangendo-se tanto as ações baseadas em direitos reais quanto as lastreadas em direitos pessoais sobre imóveis situados no Brasil. Se a causa de pedir remota recair sobre um direito real a ação será de natureza real, isto é, fundada em direito real, se a causa remota recair sobre um direito pessoal será de natureza pessoal, ou seja, fundada em direito pessoal. Na verdade, como já vimos, a ação terá sempre a mesma natureza: será sempre um direito subjetivo e abstrato, independentemente da natureza de seu mérito, logo, quando se diz que uma ação é de natureza real ou pessoal, o que se quer dizer é que o direito material perseguido pela ação é real ou pessoal. Então, se se tratar de uma

⁹¹⁹ **Artigo 89: Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra: I - conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil; II - proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional.**

ação de despejo sobre um imóvel situado no Brasil, somente o juiz brasileiro poderá processar e julgar esta causa, mesmo que sua causa de pedir remota recaia sobre um direito pessoal (contrato de locação). O que se exige para firmar a competência exclusiva do juiz brasileiro é tão somente que a causa verse sobre imóveis situados no Brasil. Se por acaso uma parte tentar fazer com que uma sentença estrangeira que tivesse deliberado sobre imóveis aqui situados fosse homologada no STF (requisito de validade da sentença estrangeira, artigo 483 do CPC) tal pretensão seria indeferida.⁹²⁰

Quanto ao inciso II do artigo 89: *Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra: II - proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional*, o mesmo não fez qualquer restrição em face da natureza dos bens inventariados ou partilhados. Assim, tanto faz tratar-se de bens imóveis ou móveis o que a lei exigiu foi apenas que os bens estivessem situados no Brasil. Esta regra é de eficácia bem mais ampla do que a o inciso anterior. Neste sentido o STF já se recusou a homologar sentença estrangeira de divórcio cujo objeto recaía sobre partilha de bens (não houve restrição do Supremo sobre se tais bens deveriam ser imóveis ou móveis) situados no Brasil. Neste caso não interessa que as partes divorciandas não sejam brasileiras, ainda que sejam estrangeiros os divorciandos, não poderá a autoridade judiciária de outro país julgar, fazer partilha de bens do casal situados no Brasil. Estes são os casos de jurisdição internacional exclusiva.⁹²¹

⁹²⁰Número do processo: SE3780. Classe: SE - sentença estrangeira. Origem: Relator: Min:139 -Ministro Francisco Rezek. Julgamento: 1987/05/06. Sessão: TP - Tribunal Pleno. Publicações: DJ data-22-05-87 pg-09753. Ementário do STF vol-01462-01 pg-00027. Ementa: “*Sentença estrangeira. Inventário. Bem imóvel situado no Brasil. Não se pode homologar sentença estrangeira que, em processo relativo a sucessão mortis causa, dispõe sobre bem imóvel situado no Brasil art. 89-II do Código de Processo Civil*). Observação: votação: unânime. Resultado: indeferida. Ano:87 aud:22-05-87. No mesmo sentido: número do processo: SE4013. Classe: SE - sentença estrangeira. Origem: EU - Estados Unidos da América. Relator: Min:132 -Ministro Rafael Mayer. Julgamento: 1988/02/01. Sessão: Publicações: DJ data-05-02-88 pp-01391 se vol-00012-01 pp-00195 .RTJ vol-00125-02 pp-00507. Ementa: *Sentença estrangeira de sucessão mortis causa. Bens imóveis situados no Brasil. Aplicação do art. 89, II, do C.P.C. Homologação indeferida*”.

⁹²¹ Vide: número do processo: se2544. Classe: SE - sentença estrangeira. Relator: Min:123 -Ministro Antônio Neder Julgamento: 1979/12/11. Sessão: Publicações: SE vol-00004-01 pg-00101. DJ data-08-02-80 pg-00510. RTJ vol-00093-02 pg-00036. Ementa: “*I. Sentença estadunidense de divórcio proferida pelo Tribunal Distrital do Candado Texano de Grayson. Caso em que a mulher, de*

A Constituição Federal, todavia, excetuou no inciso XXXI do artigo 5º, que a sucessão de bens de estrangeiros situados no Brasil deve ser regulada pela lei brasileira, salvo quando não for mais favorável ao cônjuge ou filhos brasileiros, a lei pessoal do país do "*de cuius*". Neste caso, a Constituição admitiu a concorrência sobre a matéria disposta no inciso II do artigo 89 do CPC. Contudo, isso não quer significar que este dispositivo não esteja em consonância com aquele texto constitucional pétreo, fez-se apenas uma ressalva: em se tratando de bens de estrangeiros e havendo sucessores (herdeiros) ou cônjuge brasileiro, só se aplicará a exclusividade do CPC quando a lei do autor da herança não lhes for mais benéfica. Vê-se que se os bens pertencerem a brasileiros não haverá incidência da norma constitucional.

2.2. Da jurisdição internacional concorrente. O problema do código Bustamante e a homologação de sentença estrangeira pelo STF: a carta de sentença como título executivo e a competência da justiça federal de 1ª instância.

Trata de hipóteses nas quais é competente tanto a autoridade judiciária brasileira quanto a estrangeira, ou seja, determinadas causas podem ser decididas, inclusive com repetição de todos os elementos da ação (partes, objeto e causa) sem que essa litispendência constitua-se em pressuposto negativo impeditivo do julgamento. O mesmo ocorre com a conexão, isto é, havendo repetição do objeto ou da causa, apenas, essa conexão não produz os efeitos que normalmente produziria se se tratasse de caso de competência interna. Está disciplinada no artigo 88 e 90 do CPC. Observe-

nacionalidade americana, se acha domiciliada no Brasil, São Paulo, e em que o varão, também americano, se acha em lugar ignorado, e no qual as partes partilharam bens imóveis que no Brasil estão situados. 2. Competência da justiça brasileira para o inventário e a partilha de bens que, situados no Brasil, foram contudo inventariados e partilhados em processo de divórcio que se ajuizou noutro país. Trata-se de competência definida no Brasil como sendo absoluta, e, portanto, improrrogável. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, art. 44, III. Código de Processo Civil de 1973, art. 89, II, e art. 1.121, parágrafo único. Lei n. 6.515 de 26.12.977, art. 7., Parágrafo 2., Art. 31 e art. 43. Doutrina brasileira sobre a matéria. Precedente do Supremo Tribunal Federal. Inadmissível, no Brasil, a homologação de sentença estrangeira no ponto referente a partilha de bens que neste país estão situados. 3. Ação homologatória procedente em parte, isto é, procedente para homologar a sentença estrangeira no tocante ao divórcio e improcedente no referente ao inventário e a partilha dos bens do casal divorciado. Observação: Resultado: procedente em parte”.

se que está escrito: artigo 88 E 90, para indicar que o artigo 90 não tem aplicação aos casos de jurisdição internacional exclusiva, como logo adiante veremos. Pelo artigo 88: *É competente a autoridade judiciária brasileira quando: I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil; II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação; III - a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil. A lei considera domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal.*

Apenas nesses casos é possível que uma sentença estrangeira produza efeitos jurídicos no Brasil, porque nos casos de jurisdição internacional exclusiva só terá eficácia a sentença do juiz brasileiro. Algo de muito importante a ser ressaltado é que o artigo 90 disse que: *A ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas.* Acima foi dito que o artigo 90 não teria aplicação aos casos de jurisdição internacional exclusiva (artigo 89). Isso decorre de uma conclusão lógica: ora, se nos casos de jurisdição internacional exclusiva apenas a autoridade judiciária brasileira está apta a atuar, logo não há que se falar em litispendência ou conexão internacional porque, se a causa versar sobre imóveis aqui situados ou inventários ou sobre partilha de bens situados no Brasil, nenhuma outra autoridade judiciária poderá decidir tal causa para produzir efeitos jurídicos no Brasil. Estado brasileiro não reconhece a jurisdição de outro país para tratar dessas matérias. Então o artigo 90 apenas pode ser ventilado em face dos casos de jurisdição internacional concorrente.⁹²²

Mas nem mesmo isso se constitui numa regra livre de exceções. É que existe um tratado de direito internacional chamado *código Bustamante*, que em seu artigo 394, diz: *“A litispendência, por motivo de pleito em outro Estado contratante, poderá ser alegada em matéria cível, quando a sentença, proferida em um deles, deva produzir no outro os efeitos da coisa julgada”*. A propósito da eficácia deste artigo do código Bustamante, posto que confronta com o artigo 90 do CPC, temos na doutrina dois posicionamentos contrapostos formulados por dois grandes processualistas. De um lado, Pontes de Miranda

⁹²² BARBI, op. cit. p. 244.

afirma que deve prevalecer o artigo 90 do CPC, de modo que o código Bustamante estaria revogado pelo CPC, porque este é uma lei ordinária posterior ao código Bustamante que remonta a década de 20, ano de 1928, quando tal tratado foi celebrado em Havana.⁹²³ Em posição diametralmente oposta temos Celso Agrícola Barbi afirmando que vale o tratado internacional. Pontes de Miranda escreveu seus comentários ao CPC atual no ano de 1974, quando nós ainda estávamos sob uma outra ordem constitucional e sob uma outra perspectiva de globalização, mesmo assim, a posição atual do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto secunda o seu entendimento.⁹²⁴

O que de fato a interpretação sobre o artigo 90 pode orientar é para a preferência que se deve dar às decisões judiciais brasileiras, sempre que possível. Se nos defrontarmos com um caso no qual duas ações idênticas ou conexas tramitem concomitantemente no Brasil e na França, por exemplo, qual a decisão judicial que deve prevalecer? A questão se resolve pela cronologia antecedente do julgamento: vale a que decidir em primeiro lugar, se se tratar de competência concorrente. Ainda que a sentença estrangeira tenha sido proferida antes da brasileira, para que ela valha é necessário que o STF a homologue antes do trânsito em julgado da decisão brasileira. O artigo 483 condiciona a eficácia da sentença estrangeira no Brasil ao ato de homologação pelo Supremo: *A sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil senão depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal.*

Por fim, não se deve pensar que a sentença estrangeira, uma vez homologada, constituirá, ela mesma, título executivo judicial, como está escrito no artigo 584. Na verdade o título executivo será a *carta de sentença* que se extrairá do procedimento de homologação, como prescreve o artigo 484: *A execução far-se-á por carta de sentença extraída dos autos da homologação e obedecerá às regras estabelecidas para a execução da sentença nacional da mesma natureza.* A homologação de sentença estrangeira

⁹²³ MIRANDA, Pontes. *Comentários ao código de processo civil*. 3.ed. Tomo III. Forense: Rio de Janeiro, 1996, p. 229.

⁹²⁴ Vejamos: Ext 662 / PU – PERU – EXTRADIÇÃO - Relator(a): Min. CELSO DE MELLO - Publicação: DJ DATA-30-05-97 PP-23176 EMENT VOL-01871-01 PP-00015 - Julgamento: 28/11/1996 - Tribunal Pleno – Ementa: “*O Código Bustamante - que constitui obra fundamental de codificação do direito internacional privado - não mais prevalece, no plano do direito positivo interno brasileiro, no ponto em que exige que o pedido extradicional venha instruído com peças do processo penal que comprovem, ainda que mediante indícios razoáveis, a culpabilidade do súdito estrangeiro reclamado (art. 365, I, in fine)*”. Grifamos.

constitui-se em pressuposto específico e questão prejudicial para a ação de execução. Logo, se a parte tentar executar uma sentença logo no primeiro grau de jurisdição, sem o aval do STF, isso não será possível.⁹²⁵

Devemos observar que quando uma carta rogatória tiver por finalidade a prática de um ato processual não executório (não de sentença) da jurisdição estrangeira, tal ato prescinde de homologação. O STF já deliberou que o *exequatur* expedido nas rogatórias não se constitui em meio hábil para a prática de ato executório de jurisdição alienígena, por esse motivo ele não depende de homologação e somente admitem embargos para que não produzam efeitos se ofenderem a *soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes*, ou se se tratar de alguma hipótese de jurisdição internacional exclusiva, se visasse, por exemplo, a citação do réu aqui no Brasil para responder a uma ação cujo objeto fosse um bem imóvel aqui situado ou que versasse sobre inventário ou partilha de bens aqui localizados.⁹²⁶

⁹²⁵ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apc - apelação cível. Número: 0013629 ano: 85 UF:DF - Distrito Federal. Reg.int.proces.: 36.023 - apc0013629. Decisão: 19.03.86 - órgão julg.: 62 - Segunda Turma Cível. Relator: Desembargador Manoel Coelho. Publicação: DJDF - data: 13.05.86 - pág.: 7.906. Ementa: “*Casamento e divórcio no exterior. Validade. Competência originária do Supremo Tribunal Federal. Questão prejudicial. Por se tratar de competência originária e exclusiva, antes que o Supremo Tribunal Federal se pronuncie sobre a matéria, nenhum outro órgão jurisdicional brasileiro é dado conhecer de questões, mesmo incidenter tantum, relacionadas com a validade, ou não, de casamento celebrado ou de divórcio obtido, por procuração, em país de que os cônjuges não eram nacionais. A homologação, ou não, pelo Supremo Tribunal Federal, desses atos praticados por autoridade judiciária estrangeira constituem, não apenas condição de exequibilidade de sentença, mas também questão prejudicial em relação a demandas intentadas, sobre a matéria, perante qualquer outro órgão da justiça brasileira. Decisão: Conhecer. Dar provimento parcial ao apelo, nos termos das notas taquigráficas. Decisão unânime*”.

⁹²⁶ Número do processo: ecr3538. Classe: ecr - embargos em carta rogatória. Relator: Min:135 -Ministro Neri da Silveira. Julgamento: 1983/04/20. Sessão: TP - Tribunal Pleno. Publicações: DJ data-09-12-83 pg-19416. Ementário do STF vol-01320-01 pg-00046. RTJ vol-00110-01 pg-00047. Ementa: “*Carta rogatória. Citação do réu. Exequatur concedido. Embargos em que se pleiteia a revogação do exequatur, porque domiciliado o réu no Brasil. Regimento interno do STF, art-228. Lei de Introdução ao Código Civil, art-12 e seu parágrafo 2., E 15. Na carta rogatória, não se trata de execução de ato decisório da justiça estrangeira, não dependendo de homologação. Concedido o exequatur e cumprida a diligencia citatória solicitada, não ha ver, desde logo, manifestação da justiça rogada, quanto ao mérito de eventual alegação, acerca da incompetência do juízo rogante, para a demanda nele aforada. Natureza do exequatur. Será admissível a denegação do exequatur, ou o acolhimento de embargos, para revoga-lo, se a diligencia ofender a soberania nacional, a ordem publica e os bons costumes, bem como nas hipóteses em que, segundo a lei brasileira, a ação, por sua natureza, somente poderia ser processa e julgada perante a autoridade judiciaria brasileira (Lei de Introdução ao Código Civil, arts.17 e 12, par-1.; Código de Processo Civil, art-89). A competência prevista no art-12, caput, da Lei de Introdução ao Código Civil, e relativa, podendo, assim, na espécie, o réu, domiciliado no Brasil, aceitar submeter-se a jurisdição do estado rogante, por se tratar de ação de indenização. A alegação feita nos embargos, quanto a não pretender o réu sujeitar-se a jurisdição da justiça rogante, não e suficiente, no caso, a revogar-se o exequatur já concedido. A matéria de incompetência poderá*

A competência para executar a sentença estrangeira e o *exequatur* nas cartas rogatórias será do juiz federal de 1ª instância, ainda que a União não seja parte ou interessada no processo e ainda que se trate de sentença arbitral. A competência não será, pois, do juiz de direito ainda que a causa verse sobre matéria de direito privado e que as partes sejam particulares, em face da redação do inciso X, do artigo 109 da Constituição Federal, que atribui aos juízes federais competência para processar e julgar: *a execução de carta rogatória, após o "exequatur", e de sentença estrangeira, após a homologação.*

3. Dos critérios determinantes da competência interna.

Existem alguns critérios determinantes da competência, passemos examinar o critério objetivo. Este critério ressalta os aspectos externos da lide e engloba: a matéria, a pessoa e o valor. Para Amaral Santos o CPC não estabeleceu qual o critério que adotou para classificar a competência interna. Já Frederico Marques acha que o legislador agiu com acerto e rigor científico ao disciplinar a competência interna.⁹²⁷

Pelo CPC a competência interna 91-2) está assim classificada, em razão: 93)		01. do valor
		02. da matéria (artigos
		03. funcional (artigos

vir a ser apreciada, eventualmente, ao ensejo da homologação da sentença estrangeira, se desfavorável ao réu. Embargos conhecidos, mas rejeitados. Observação: Votação unânime. Resultado conhecidos e rejeitados. Veja CRA-1328, RTJ-45/317, cr3166, RTJ-93/969. Veja r01881 carta rogatória, citação. Ano:83 aud:09-12-83”.

⁹²⁷ MARQUES, José Frederico, ap. SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. vol I, p. 201.

04. do território**(artigos 94-101)**

Existe um critério que classifica a competência quanto à sua prorrogabilidade e, como tal, ela pode ser absoluta e relativa. Será absoluta a competência quando não puder ser modificada pela vontade das partes (não se prorroga), e relativa quando isso for possível. Não podem ser modificadas pelas partes a competência em razão: da matéria; da pessoa; hierárquica; do território (nos casos de ações fundadas em direitos reais sobre imóveis que versem sobre propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova.); do valor em relação ao teto máximo da alçada, tendo em vista o procedimento.⁹²⁸ Estas são absolutas. Por outro lado, são relativas as competências em razão: do território (excetuando-se a hipótese acima mencionada); do valor (para o teto mínimo da alçada).

Vejamos:

São absolutas
as competências

- 01. em razão da matéria;
- 02 em razão da pessoa;
- 03. em razão da hierarquia;
- ou funcional;
- 04. em razão do território
(artigo 95);
- 05. em razão do valor;
(para o teto máximo).

- 01. em razão do território, salvo os casos previstos no artigo 95;

⁹²⁸ Ibidem.

São relativas

02. em razão do valor, para o teto mínimo da alçada.

3.1. Da competência em razão da matéria.

A competência em razão da matéria, assim como a em razão do valor, de acordo com o artigo 91 do CPC é regida por *normas de organização judiciária, ressalvados os casos expressos* no próprio código ou na Constituição Federal. Este tipo de competência leva em consideração a essência da lide posta em juízo, será a natureza da relação jurídica de direito material que determinará qual o juízo competente para a causa. Assim, numa ação de divórcio será competente o juízo de direito de acordo com o que disser a organização judiciária estadual, geralmente estas causas são afetas às varas de família, mas a competência de uma vara de família decorre da natureza da relação jurídica matrimonial. Uma ação de cobrança por descumprimento de um contrato de empréstimo bancário refoge à competência dessas varas porque a matéria, a natureza da relação jurídica material não se enquadra no rol: matéria família.

A competência em razão da matéria do STF, STJ, TRFs e juízes federais de 1ª instância foi já relacionada no capítulo sobre jurisdição, ao qual remetemos o leitor. Mas, deve-se observar que existem causas que apenas os juízes de direito da justiça estadual podem julgar, independentemente do interesse e da participação da União, autarquias, fundações públicas e empresas públicas federais. Tais são as descritas no artigo 92 do CPC, que prescreve: *Compete, porém, exclusivamente ao juiz de direito processar e julgar: I - o processo de insolvência; II - as ações concernentes ao estado e à capacidade da pessoa.* Nessas causas a competência, em razão da matéria será, sempre, do juiz de direito. A estas, some-se as causas de falência e concordata, bem como as de acidente do trabalho, que, em face da responsabilidade civil refogem à competência especializada da justiça do trabalho, conforme entendimento do STF expresso ainda no ano de 2002.⁹²⁹

⁹²⁹ Veja-se que a posição do STF ainda se mantém nesse sentido, vejamos: RE 349160 / BA – BAHIA - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - Ementa: “É da jurisprudência do STF que, em geral, compete à Justiça do Trabalho conhecer de ação indenizatória

Em relação às causas falimentares a jurisprudência tem admitido que o juízo falimentar, que é do juiz de direito ainda que haja interesse de ente federal, e que possui força atrativa atingindo todas as demais ações envolvendo todas partes interessadas, ainda que propostas anteriormente ao processo de falência, não abrangem as execuções fiscais. Excetuam-se, assim, as execuções fiscais da *vis atractiva* do juízo falimentar e do da insolvência civil. E isso decorre da dicção do artigo 5º da lei 6.830/80, ao estabelecer 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.*⁹³⁰ Se a matéria for de natureza eleitoral, no primeiro grau de jurisdição, a competência é afeta aos juízes de direito designados pelo TRE para exercerem a jurisdição eleitoral e os recursos de suas decisões eleitorais serão decididos pelos TREs. De toda sorte, a competência em razão da matéria não se modifica e por esse motivo enquadra-se no gênero das absolutas.

3.2. Da competência em razão da pessoa.

A competência em razão da pessoa também é absoluta e algumas vezes ela proporciona foro privilegiado, outorgado não em razão das características pessoais das pessoas naturais que exercem determinados cargos públicos. Ao contrário, ela só existe em face do próprio cargo ou função públicos. O CPC não disciplinou este tipo de competência.

por danos decorrentes da relação de emprego, não importando deva a controvérsia ser dirimida à luz do direito comum e não do Direito do Trabalho. 2. Da regra geral são de excluir-se, porém, por força do art. 109, I, da Constituição, as ações fundadas em acidente de trabalho, sejam as movidas contra a autarquia seguradora, sejam as propostas contra o empregador". Salientamos.

⁹³⁰ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. CCP - conflito de competência. Número: 0001366 ano: 94. UF:DF - Distrito Federal. Reg.int.proces.: 75.014 - CCP0001366. Decisão: 08.02.95 órgão julg.: 41 – primeira câmara cível. Relator: desembargador Dilermando Meireles. Publicação: DJDF data: 15.03.95 pág.: 2.843. Ementa: “*Conflito de competência - insolvência civil - nomeação de banco oficial como administrador da massa - inteligência do artigo 762 do Código de Processo Civil em face do artigo 27 da lei de organização judiciária do Distrito Federal. 1 - a competência do juízo universal da insolvência prevalece sobre o foro privilegiado do Distrito Federal, suas autarquias e empresas públicas. 2 - à execução coletiva devem concorrer todos os credores, inclusive os que são titulares de créditos privilegiados. 3 - da vis atractiva do juízo universal somente escapam as execuções fiscais. 4 - conflito conhecido e provido - unânime. Decisão: Conhecer e julgar competente o m.m. Juiz suscitado da Sétima Vara Cível de Brasília. Unânime*”.

Não existe uma regra incidente – incondicionalmente - capaz de determinar uma hierarquia ou prevalência da competência em razão da pessoa sobre a em razão da matéria, e vice-versa. Algumas vezes prevalece o critério 'matéria' sobre o 'pessoa', quando, por exemplo, se tratar de uma causa falimentar, pois neste caso ainda que um ente federal tenha interesse num desses processos a competência continuará sendo do juiz de direito: prepondera a matéria sobre a pessoa. Noutras vezes, quando a competência em razão da matéria estiver em choque com a competência em razão da pessoa prevalecerá esta em detrimento daquela, prorrogando-se a competência do juízo (competente em razão da pessoa e incompetente em razão da matéria) para que passe a conhecer da matéria porque competente em razão da pessoa. É o que ocorre quando houver conexão de causas que tramitem uma pela justiça federal e outra pela justiça estadual. Dever-se-á aí remeter o processo em trâmite pela justiça estadual para a federal. O extinto Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, a nosso ver, equivocadamente, admitiu nesse caso que se trata de uma hipótese de prorrogação da competência em razão da matéria.⁹³¹ Ora, se admitirmos isso como verdadeiro, deveremos reformular o critério distintivo das competências pela improrrogabilidade, pois poderíamos vislumbrar que a competência em razão da pessoa também é prorrogável já que as causas falimentares, por exemplo, são processadas e julgadas pelo juiz de direito, ainda que um ente federal tenha interesse no feito. Mas, ainda assim, não parece correta a assertiva de que a competência em razão da pessoa, neste caso, estaria se prorrogando para o juiz de direito, que é incompetente em razão da pessoa para processar e julgar causas que envolvam interesse de empresa pública federal. Mais acertado, aparenta-se, constatar que houve: num caso, prevalência da competência em razão da matéria sobre a da pessoa; noutro caso, prevalência da competência em razão da pessoa sobre a da matéria.

⁹³¹ Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul. Recurso: agi. Número : 186080420. Data: 19861217. Órgão :Terceira Câmara Cível. Relator: Elvio Schuch Pinto. Origem : Porto Alegre. Ementa: “*Competência. Conexão. Justiça estadual e justiça federal. Onde instalada a Justiça Federal de 1a. Instância, e concorrente a competência, em razão da matéria, desta com a da Justiça Comum dos Estados. Determina-se, é prevalente, a competência da Justiça Federal, segundo a qualificação das partes ou dos interesses em litígio, de conformidade com o art. 125, da Constituição da República. Havendo conexão entre ações que tramitem na Justiça Estadual, com outra em que, além das mesmas partes, se faz presente pessoa de direito publico federal, prorroga-se a competência do juízo federal para o conhecimento e decisão de todas as ações conexas. Agravo improvido. Decisão: Negado provimento. Unânime*”.

Veja-se que o artigo 109 da Constituição Federal disse que *aos juízes federais compete processar e julgar: as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho*. Não parece acertado que quando um juiz de direito julga uma causa falimentar onde haja interesse da Caixa Econômica Federal, por exemplo, tenha sua competência prorrogada. O que a Constituição disse foi que nesses casos o critério prevalente é o da matéria em detrimento do da pessoa. O mesmo acontece quando uma ação proposta perante a justiça estadual, onde figurem como litigantes pessoas naturais ou jurídicas de direito privado, sendo, pois, incompetente a justiça federal, mas que seja conexa com uma causa proposta perante a justiça federal. Nesse caso o processo que tramita pela justiça estadual deve ser remetido para a federal porque prevalece o critério pessoa sobre o critério da matéria da justiça estadual, exceto se se tratar de uma daquelas causas previstas no artigo 109, I, da Constituição Federal, pois nestes casos prevalece o critério matéria sobre o critério pessoa. A construção teórica sobre o tema da prorrogação foi sedimentada sobre casos de incompetência de natureza relativa, como logo mais veremos.

3.3. Da competência funcional ou hierárquica.

Esta espécie de competência regula a atuação de dois ou mais juízes num mesmo processo sem que isso importe em quebra do princípio do juiz natural e do princípio da identidade física do juiz. Com base no artigo 93 do CPC a competência funcional é classificada em horizontal (no mesmo grau de jurisdição) e vertical (em graus diferentes de jurisdição).

A competência funcional vertical regula a atuação de dois ou mais juízes pertencentes a graus distintos de jurisdição, num mesmo processo. Exemplifica-se quando um desembargador que atua num processo de competência originária do tribunal necessita do depoimento de uma testemunha que reside numa comarca longínqua. Para a prática deste ato ele determina a expedição de uma *carta de ordem*, se a comarca pertencer ao

território de jurisdição do tribunal. O artigo 200 do CPC determina que os *atos processuais sejam cumpridos por ordem judicial ou requisitados por carta, conforme hajam de realizar-se dentro ou fora dos limites territoriais da comarca*. Então se a tal comarca longínqua estiver situada na circunscrição territorial onde adere a jurisdição do tribunal a que pertencer o desembargador que pretende ouvir a tal testemunha, então o desembargador valendo-se da prerrogativa do artigo 201, que lhe permite determinar a *expedição de carta de ordem se o juiz for subordinado ao tribunal de que ela emanar*, fará com que se expeça a carta de ordem porque o juiz que deve ouvir a testemunha é subordinado ao tribunal de onde emanara a carta. Mas se o desembargador pertencesse ao tribunal de justiça de Pernambuco e quisesse ouvir uma testemunha residente numa comarca do Estado da Bahia, não seria a carta de ordem o meio correto para a prática do ato e sim a *carta precatória*.⁹³²

O fato é que este exemplo demonstra um caso de competência funcional vertical porque no aventado processo atuarão dois juízes (um desembargador que determinou a expedição da carta de ordem – 2º grau de jurisdição - e um juiz que irá ouvir a testemunha – 1º grau de jurisdição).

Já a competência funcional horizontal regula os casos nos quais dois ou mais juízes atuam num mesmo processo, no mesmo grau de jurisdição. Pode-se tomar o mesmo exemplo da testemunha, só que agora imaginaremos que há um processo em tramitação na comarca do Recife e o juiz da causa necessita do depoimento de uma testemunha domiciliada em Porto Alegre. Para conseguir o depoimento ele pode fazer uso do mesmo artigo 201 e determinar a expedição de uma *carta precatória* que será distribuída no foro cível da comarca de Porto Alegre para um juiz de primeira instância. A via eleita foi a precatória porque o juiz deprecado (aquele que deve cumprir a providência determinada na carta) não estava subordinado ao tribunal do qual ela emanou, ao contrário, a carta proveio de outro juiz também de primeira instância.

É fato que nesses dois exemplos temos casos de competência funcional (vertical e horizontal) com a atuação de dois juízes (pode ser até mais de dois) num mesmo processo sem que isso importasse em quebra do princípio do juiz natural, pois a atuação dos juízes

⁹³² O artigo 201 que: *Expedir-se-á carta de ordem se o juiz for subordinado ao tribunal de que ela emanar; carta rogatória, quando dirigida à autoridade judiciária estrangeira; e carta precatória nos demais casos.*

deprecados não importa em juízo de exceção, bem como também não se agrediu ao princípio da identidade física do juiz, pois o juiz competente para o julgamento da causa será sempre o deprecante, ressalvado o caso da depreciação por precatória no processo de execução, pois neste caso é possível que o deprecado seja competente para processar e julgar eventual ação de embargos à execução e prosseguir com a execução até o fim.

Devemos observar que o artigo 132 disse: *O juiz, titular ou substituto, **que concluir a audiência julgará a lide**, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.* Então, a identidade física do julgador para o julgamento da causa depende de que ele tenha *concluído* a instrução e não simplesmente iniciado. O parágrafo único deste artigo contém uma regra que chega a confundir aqueles que se iniciam ao processo civil, pois sua redação diz: *Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas.* Ao dizer “o juiz que proferir a sentença” não quis o CPC afirmar que após a prolação da sentença o juiz, que a prolatou, poderia mandar repetir as provas já produzidas. Não é isso, pois de acordo com o artigo 463: *Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional, só podendo alterá-la: I - para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexistências materiais, ou lhe retificar erros de cálculo; II - por meio de embargos de declaração.*

Não pode o juiz depois de haver proferido a sentença anulá-la, ele mesmo, para mandar repetir a produção das provas já realizadas. Por exceção o CPC admitiu no artigo 296, que quando o juiz indeferisse a petição inicial e a parte apelasse ele poderia anular a sentença: *Indeferida a petição inicial, o autor poderá apelar, facultado ao juiz, no prazo de quarenta e oito horas, reformar sua decisão.* Cabe ainda aqui a mera ressalva de que no processo civil extravagante (processo tributário) também o juiz pode reformar a sua sentença, nas execuções fiscais de valor da causa não excedente à alçada de 50 OTNs, hoje correspondente a 283.43 UFIRs. Isso acontece porque nesse caso a lei suprimiu o recurso de apelação deixando apenas, contra tal sentença, os recursos de embargos de declaração e embargos infringentes para o próprio juiz (vide artigo 34 da lei 6.830/80). Além disso, também se admite o uso do recurso de embargos de declaração com efeitos infringentes.

Então, quando o CPC disse, no parágrafo único do artigo 132, que o juiz que proferir a sentença poderá mandar repetir as provas já produzidas, o que afirmou, na

verdade, foi que o juiz que passou a conduzir um processo e já encontrou produzidas as provas, poderá, porque será ele quem irá julgar, mandar que elas se repitam. O que não mais se admite é que um juiz já afastado de sua comarca ou juízo (*convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado*) possa julgar a causa, por lhe faltar o pressuposto processual da competência.⁹³³

Pelo artigo 93 a competência funcional dos tribunais é regida pelas normas da Constituição da República e de organização judiciária (leis estaduais e regimentos internos de tribunais que dispõem sobre a maneira de atuação dos órgãos colegiados dos tribunais). A competência funcional dos juízes de primeiro grau é disciplinada pelo CPC. Em se tratando de competência funcional no processo de execução incide a regra do artigo 575, que diz: *A execução, fundada em título judicial, processar-se-á perante: I - os tribunais superiores, nas causas de sua competência originária; II - o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição; III - ...; IV - o juízo cível competente, quando o título executivo for sentença penal condenatória ou sentença arbitral.*⁹³⁴ A regra é que o juiz da ação será o da execução.

3.4. Da competência territorial relativa e absoluta.

Competência por eleição do foro.

A competência territorial, na maioria das vezes, será relativa porque pode ser modificada pela vontade das partes, mas noutras será absoluta porque se apresentará como improrrogável. Como regra ela vestir-se-á como competência relativa, o que se verificará sempre que a ação a ser proposta for de índole mobiliária (real ou pessoal), ou ainda quando se tratar de ação fundada em direito pessoal, caso em que não interessa, como regra, que se trate de ação de direito pessoal mobiliário ou imobiliário. Sua

⁹³³ Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul. Recurso: apc. Número : 27877. Data : 19820608. Orgão : Segunda Câmara Cível. Relator: José Vellinho de Lacerda. Origem : Caxias do Sul. Ementa: “*Competência funcional. É nula a sentença prolatada por Juiz já desligado em definitivo da Comarca ou Vara. Precedentes jurisprudenciais. Recurso provido. Decisão: Dado provimento. Unânime*”.

⁹³⁴ Redação de acordo com a lei 10.358/01.

fundamentação processual encontra-se no artigo 94: A ação fundada em direito pessoal e a ação fundada em direito real sobre bens móveis serão propostas, em regra, no foro do domicílio do réu.

Por se tratar de competência prorrogável, nada impede que as partes elejam determinado foro, como melhor lhes convier, para dirimir qualquer pendência judicial acerca do contrato celebrado. Fala-se, assim, em foro de eleição. Não pode haver juízo de eleição e sim foro. Não se confunde o foro com o juízo. Aquele é a circunscrição territorial da comarca, é a área onde o juiz competente exerce a jurisdição. A comarca do Recife tem seu foro estendido sobre todo o território do município do Recife. Mas também não se deve pensar que sempre haverá coincidência entre o território da comarca com o território do município. Tomando-se por base o foro da comarca do Recife, verificar-se-á que ele também abrange o território de Fernando de Noronha. Já o juízo se constitui no órgão jurisdicional, cujo sítio é o foro. Um foro pode ter um único juízo, assim como pode ter vários. O foro da comarca do Recife tem vários juízos cíveis, todos eles com a mesma competência territorial, salvo o que responde por Fernando de Noronha. O foro de eleição, logo, não pode ser entendido como cláusula contratual que escolhe determinado juízo. Isto seria inconstitucional por agressão ao princípio do juiz natural. Todo foro que possui mais de um juízo deve determinar (dividir) a competência territorial pelo critério da distribuição aleatória, informatizada se possível, isto é, deve haver um critério justo através do qual os processos sejam distribuídos sem que as partes saibam qual será o juízo que se vinculará à sua causa, ou, ainda, que possam manipular a distribuição, pois isso além de imoral seria, como já dito, inconstitucional. Conclua-se, pois, que não se elege juízo e sim foro.

Entretanto, quando a comarca possuir uma única vara (único juízo), a eleição do foro implicará em escolha do próprio juiz, salvo se não houver juiz titular.

O fato de o foro possuir um ou mais juízos tem grande importância porque, pelo critério legal do CPC no artigo 263, ora a ação será considerada proposta pela simples distribuição, ora pelo despacho do juiz, dependendo de se tratar de comarca de vara única

ou não.⁹³⁵ Um único contrato pode eleger mais de um foro como competentes para dirimir litígios decorrentes do negócio jurídico celebrado. Nesse caso a jurisprudência entende que o primeiro foro eleito deve ser considerado como foro principal e disso decorre que a parte ré não pode opor exceção de incompetência declinatória do foro para deslocar a competência para o foro mais favorável, se a parte autora escolheu o primeiro.⁹³⁶

A competência territorial enquanto absoluta é exceção à regra e somente se verifica na hipótese do artigo 95, que diz: *Nas ações fundadas em direito real sobre imóveis é competente o foro da situação da coisa. Pode o autor, entretanto, optar pelo foro do domicílio ou de eleição, não recaindo o litígio sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova.*

Este artigo não vedou que nas ações sobre imóveis, enquanto gênero, fosse proibida a eleição contratual de foro. Negou apenas naquelas ações fundadas em direitos reais suprataxadas. Conclui-se que mesmo que a princípio seja competente o foro da situação da coisa, isso não veda a eleição de foro, então nem todas as ações imobiliárias que versem sobre direitos reais terão a competência determinada de maneira absoluta.⁹³⁷ A previsão legal permissiva da eleição de foro encontra-se no artigo 111 do CPC, que após

⁹³⁵ Artigo 263: *Considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara. A propositura da ação, todavia, só produz, quanto ao réu, os efeitos mencionados no Art. 219 depois que for validamente citado.*

⁹³⁶ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agi - agravo de instrumento. Número: 0004703 ano: 94. UF:DF - Distrito Federal. Reg.int.proces.: 71.412 agi0004703. Decisão: 13.06.94 órgão julg.: 65 - quinta turma cível. Relator: Desembargador Romão C. Oliveira. Publicação: DJDF data: 29.06.94 pág.: 7.697. Ementa: *“Processual civil. Foro discriminado no contrato - mais de um em ordem sucessiva. Se os contratantes elegeram mais de um foro para o deslinde de eventual pretensão resistida, tem-se o primeiro deles como principal e os demais como suplementares. Conseqüentemente, improcede a exceção na qual o excipiente pretende deslocar a demanda para o segundo ou terceiro foro eleito, máxime, se o primeiro coincide também com o foro do domicílio do réu. Agravo desprovido. Decisão: Conhecer e improver. Decisão unânime”.*

⁹³⁷ Neste sentido decidiu o TARS: Recurso: Apc. Número : 25687. Data: 19810929. Órgão: Segunda Câmara Cível. Relator: José Vellinho de Lacerda. Origem : Carazinho. Ementa: *“Título extrajudicial. Execução. Foro de eleição. Competência relativa e competência absoluta. Distinção. “relativa e a competência territorial, ou de foro; toda a competência que se não define pela territorial e absoluta.” “Competência - e relativa a decorrente do foro de eleição ou do contrato. Se a parte não argui a exceção declinatória fori na forma e prazo legais, aquela se prorroga (CPC, art.114). Recurso improvido. Decisão: Negado provimento. Unânime”.* No mesmo diapasão: TARS. Recurso: agi. Número : 185060480. Data: 19851112. Órgão: Segunda Câmara Cível. Relator: Clarindo Favretto. Origem : Porto Alegre. Ementa: *“Competência. Foro de eleição. Não se admite convenção das partes tendente a modificar a competência, no caso absoluta a da situação do imóvel, para a ação reintegratória na posse de imóvel objeto de promessa de compra e venda para pagamento a prestações. Incidência do art.95, c.p.c. E art.48, da lei n.6766.79. Situação do lote. Decisão confirmada. Decisão: Negado provimento. Unânime”.*

esclarecer que a competência em razão da matéria e da hierarquia são inderrogáveis, por convenção das partes, permite que os litigantes possam *modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações*. Exige-se ainda, como pressuposto para a produção de efeitos jurídicos, que a escolha do foro deva constar de contrato escrito e fazer alusão expressa a determinado negócio jurídico. Consta ainda neste artigo uma norma que prevê a possibilidade de a cláusula contratual que escolheu o foro poder obrigar pessoas que não participaram da avença. Isso se dá em relação aos herdeiros e sucessores dos contratantes.

Pela redação do artigo 111, a eleição de foro somente tem cabimento em relação aos processos que visem discutir direitos contratuais. O STF já pacificou o debate sobre esta questão com a edição da súmula 335: *"É válida a cláusula de eleição do foro para os processos oriundos do contrato"*. Concluir, pois, que os processos cujo objeto não recaia sobre contratos, não há que se cogitar de possibilidade de eleger-se foro.

Pode ser, porém, que determinado contrato contenha cláusula de eleição de foro e, não obstante isto a parte autora resolva optar em acionar o réu pelo foro de seu domicílio (do réu), caso em que não é lícito à parte ré excepcionar o juízo, conforme jurisprudência majoritária, embora haja registros mínimos em sentido contrário. Neste último sentido pronuncia-se Theotonio Negrão, observando que quando o autor renuncia ao foro eleito o faz porque abriu mão de um benefício estabelecido em seu favor, então nada obsta que assim aja desde que o réu não se oponha. O réu, porém, poderia manejar a exceção declinatória do foro, porque ele é quem sabe qual dentre os possíveis foros o que mais lhe convém, logo, havendo eleição de foro estabelecido em contrato e tendo o autor optado por outro diverso, em sem tratando de caso de competência relativa, obviamente, nada justifica a vedação da exceção de incompetência porque isto implicaria em admitir que o autor desconstituísse uma cláusula contratual unilateralmente. Esta posição parece-nos mais acertada, permitindo-se concluir que havendo foro eleito é lícito ao autor optar por outro, dele distinto, desde que o réu não se oponha.⁹³⁸

⁹³⁸ NEGRÃO, Theotonio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 1. ed. CD-ROM. "A solução justa está no meio-termo: "Mesmo havendo eleição de foro, não fica a parte inibida de propor a ação no domicílio da outra, desde que não demonstrado o prejuízo. (VI ENTA -concl. 8, aprovada por maioria). (...) No caso de eleição de foro, tal circunstância não impede seja a ação intentada no domicílio do réu, e com razão maior quando este, ao excepcionar o foro, não demonstrou a existência

Existe precedente no sentido de que apesar de haver foro de eleição, se o processo a ser instaurado em determinado foro, pelo motivo cláusula contratual de eleição, mas, se já houver ação conexa anteriormente ajuizada em foro distinto, será este juízo prevento para conhecer também da segunda ação, ainda que haja foro eleito em comarca diversa da que tramita o processo anterior. Isso decorre da *vis attractiva* da causa antecedente que determina o julgamento simultâneo de ações conexas.⁹³⁹ Se por um lado o foro de eleição decorre de negócios contratuais, as ações que visam anular contratos podem ser propostas em foro distinto do eleito, conforme as regras gerais determinantes da competência.⁹⁴⁰

3.4.1. Da competência territorial nas ações fundadas em direitos: pessoais (mobiliários e imobiliários) e reais mobiliários.

Qualquer que seja a ação fundada em direito pessoal a competência será determinada, em princípio, pelo domicílio do réu. Em alguns casos poderá ser determinada por outro critério, como veremos adiante. As regras sobre a determinação da competência territorial estão contidas em oito artigos (94-101), que merecem análise destacada pela numerosa possibilidade de hipóteses que disciplinam. Vejamos o caso do artigo 94, acerca das ações fundadas em direitos pessoais e reais mobiliários. O *caput* deste dispositivo diz: *A ação fundada em direito pessoal e a ação fundada em direito real sobre bens móveis serão propostas, em regra, no foro do domicílio do réu. A leitura inicial pode levar a entender que em se tratando de ação baseada em direito real sobre imóveis o autor não deveria ingressar em juízo noutra comarca que não fosse, necessariamente, a do domicílio do réu. Se o réu tiver mais de um domicílio poderá ser demandado em qualquer deles, a*

de prejuízo". (STJ -3ª Turma, REsp 10.998-DF, rel. Min. Nilson Naves, j. 4.2.92, não conheceram, v.u., DJU 9.3.92, p. 2.573, 2ª col., em.). *Inversamente, se há prejuízo para o réu, o foro de eleição não prevalece sobre o do seu domicílio* (RSTJ 27/52).

⁹³⁹ STJ -3ª Turma, REsp 19.658-0-SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 11.5.92, não conheceram, v.u., DJU 22.6.92, p. 9.756, 1ª col., em.). No mesmo sentido: (RT 672/134).

⁹⁴⁰ RSTJ 31/323.

critério do autor. Outro caso que foge à regra é quando o réu tiver domicílio incerto ou desconhecido, aí poderá ser acionado onde for encontrado ou no foro do domicílio do autor. Também poderá o réu ser demandado no foro do domicílio do autor quando o réu não tiver domicílio, nem residência, no Brasil. Se autor e réu residirem fora do Brasil a ação poderá ser proposta em qualquer foro. E se a ação possuir mais de um réu, o autor poderá propô-la no foro de qualquer dos réus (estas regras estão dispostas nos quatro parágrafos do artigo 94).

As regras acima se referem ao processo de conhecimento. Entretanto, o artigo 578 do CPC, prescreve que as ações de execução fiscal devem ser propostas, como regra, no foro do domicílio do réu. Se ele tiver mais de um domicílio poderá ser demandado no foro de qualquer dos domicílios. Mas se o réu não tiver domicílio a execução poderá ser proposta no foro de sua residência ou no do lugar onde for encontrado. Quando a ação executiva fiscal tiver mais de um réu, poderá ainda a Fazenda optar pelo foro de qualquer deles. Tudo isso se constitui num leque de opções em favor da Fazenda Pública, que, se assim entender, poderá executar o devedor *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*. É interessante anotar que o artigo 1º da lei de execuções fiscais (lei nº 6.830/80), diz que o CPC tem aplicação subsidiária ao processo executivo fiscal.

Nem todos os casos de ações fundadas em direitos reais imobiliários devem tramitar pelo foro da situação da coisa (artigo 95). Devemos estar familiarizados com o conceito de ação baseada em direito real e pessoal (aquela, quando sua causa de pedir remota for um direito real, esta, quando sua causa de pedir remota for um direito pessoal). O código civil de 1916, no artigo 44, considerava imóveis, para efeitos legais, não apenas os direitos reais sobre imóveis, incluindo o penhor agrícola, mas também considera *imóveis* as ações que asseguram tais direitos reais. A lei civil, por

outro lado, no artigo 48 considerava móveis, para os efeitos legais, os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes. No CC atual o problema remanesce, pois o artigo considera imóveis, para efeitos legais, os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram. Em relação aos bens moveis, diz o artigo 83 que são assim considerados os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes.

A enumeração dos direitos reais no código civil constava do revogado artigo 674, que considera reais, além da propriedade os seguintes direitos: *I - a enfiteuse; II - as servidões; III - o usufruto; IV - o uso; V - a habitação; VI - as rendas expressamente constituídas sobre imóveis; VII - o penhor; VIII - a anticrese; IX - a hipoteca.* Agora, a matéria vem disposta no novo CC no artigo 1.225, que considera como direitos reais: *I - a propriedade; II - a superfície; III - as servidões; IV - o usufruto; V - o uso; VI - a habitação; VII - o direito do promitente comprador do imóvel; VIII - o penhor; IX - a hipoteca; X - a anticrese.* A idéia exata sobre estes direitos é deveras importante, para determinar-se a competência porque ainda que uma ação seja baseada em direito real imobiliário ela poderá ser proposta no foro do domicílio do réu. Esta conclusão é extraída da leitura do artigo 95 do CPC em contraposição com o CC. Ora, pelo 95 do CPC, apenas as ações de direitos reais imobiliários referentes a: *propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova* é que devem, necessariamente, serem propostas no foro da situação da coisa, sendo expressamente proibido nesses casos que a ação seja proposta no foro do domicílio do réu, ou no foro de eleição. Mas, se se tratar de uma ação de direito real imobiliário que verse sobre: usufruto, uso, habitação, penhor, anticrese, o direito promitente comprador do imóvel, ou hipoteca?

A regra geral continuará sendo a da competência firmada no foro da situação da coisa, salvo casos como os de ação de reintegração na posse decorrente de contratos, bem como ações indenizatórias de perdas e danos em razão de inadimplemento de contratos de compra e venda de bem

imóvel, estas não se inserem na classe de ações fundadas em direito real imobiliário, mas sim em direito pessoal, logo, deve seguir as regras do artigo 94.⁹⁴¹

3.4.1.1. A especificidade do procedimento misto do registro de torrens.

O registro de torrens foi instituído pelo Decreto 451-B de 1890, mas nunca se incorporou à vida forense nacional dentre outros motivos: em razão de seu alto custo; do elevado grau de dificuldade requerido pelo seu procedimento; e de sua lentidão. Tem por objeto imóveis rurais, não incidindo sobre imóveis urbanos. Apenas o proprietário do imóvel possui legitimidade para requerê-lo, devendo, para tanto, comprovar o seu domínio. Sua finalidade, de acordo com o citado Decreto que o instituiu, centra-se sobre três principais objetivos: 01º - estabelecer processo expurgativo com o escopo de precisar e delimitar a propriedade, determinando e fixando de modo irrevogável os direitos da propriedade, autenticando-os através de um título público; 02º - patentear a condição jurídica do solo; 03º - proporcionar a mobilização da propriedade territorial, assegurando a sua pronta transmissão e ainda a constituição simplificada de hipotecas e sua cessão através de endosso.⁹⁴²

O procedimento é misto: inicia-se perante o oficial do cartório de imóveis competente, que tem a prerrogativa de efetuar um primeiro exame acerca da pretensão do requerente, devendo em seguida remeter os autos ao juiz. Nestes termos o artigo 277 da lei 6015/73, diz que requerida a

⁹⁴¹ MIRANDA. Pontes, op. cit. p. 251-2, onde, após citar vários autores que concebem a posse como direito real, o autor assim esclarece o seu entendimento sobre a natureza da ação possessória: “... a situação possessória, já mundo fático, é real; assim, ao entrar no mundo jurídico, é real o direito de posse e reais são as pretensões, as ações, exceto as pretensões e ações oriundas de alguma ofensa que não caiba em concepção de ofensa à posse mesma”.

⁹⁴² CENEVIVA, Walter. *Lei dos registros públicos comentada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 467-71.

inscrição de imóvel rural no Registro Torrens, o oficial protocolará e autuará o requerimento e documentos que o instruírem e verificará se o pedido se acha em termos de ser despachado. Os requisitos que o requerimento deve conter são os mencionados no artigo 278, a saber: I - os documentos comprobatórios do domínio do requerente; II - a prova de quaisquer atos que modifiquem ou limitem a sua propriedade; III - o memorial de que constem os encargos do imóvel os nomes dos ocupantes, confrontantes, quaisquer interessados, e a indicação das respectivas residências; IV - a planta do imóvel, cuja escala poderá variar entre os limites: 1:500 m (1/500) e 1:5.000 m (1/5.000).⁹⁴³ Após ressaltar que o imóvel sujeito à hipoteca só pode ser objeto do registro de torrens com o consentimento expresso do credor hipotecário ou da pessoa em favor de quem se tenha instituído o ônus, a lei conferiu poderes ao oficial do registro de imóveis para conceder prazo de trinta dias para o requerente suprir eventuais defeitos de sua petição, caso em que se o interessado discordar pode suscitar a dúvida. Estando em termos o pedido, deve o oficial providenciar sua remessa para o juiz. Competente será o juiz da situação do imóvel rural.⁹⁴⁴ Após a distribuição do feito, o juiz, se entender que os documentos justificam a propriedade do requerente, mandará expedir edital que será afixado no lugar de costume e publicado uma vez no órgão oficial do Estado e três (3) vezes na imprensa local, se houver, marcando prazo não menor de dois (2) meses, nem maior de quatro (4) meses para que se ofereça oposição. A participação do representante do Ministério Público é sempre exigida (artigo 284), podendo o *parquet* impugnar o registro por falta de prova completa do domínio ou preterição de outra formalidade legal.

⁹⁴³ § 1º O levantamento da planta obedecerá às seguintes regras: I - empregar-se-ão goniômetros ou outros instrumentos de maior precisão; II - a planta será orientada segundo o mediano do lugar, determinada a declinação magnética; III - fixação dos pontos de referência necessários a verificações ulteriores e de marcos especiais, ligados a pontos certos e estáveis nas sedes das propriedades, de maneira que a planta possa incorporar-se à carta geral cadastral. § 2º Às plantas serão anexadas o memorial e as cadernetas das operações de campo, autenticadas pelo agrimensor.

⁹⁴⁴ MIRANDA, Pontes, op. cit. p. 250.

São legitimados para contestar o pedido de registro de torrens, no prazo de quinze (15) dias, as pessoas que se julgarem com direito sobre o imóvel, no todo ou em parte. A contestação deve mencionar o nome e a residência do réu, descrever com exatidão o imóvel e indicar os direitos reclamados e os títulos em que se fundarem. A ausência de defesa ou a falta de impugnação pelo Ministério Público acarreta a determinação judicial de inscrição do imóvel, que ficará, assim, submetido aos efeitos do Registro Torrens. Havendo, porém, contestação ou impugnação adotar-se-á o procedimento ordinário, cancelando-se, mediante mandado, a pré-notação. A sentença que deferir, ou não, o pedido, desafia recurso de apelação, recebido em ambos os efeitos e somente após o trânsito em julgado – se deferir o pedido – é que haverá a inscrição do julgado que determinou a submissão do imóvel aos efeitos do Registro Torrens, arquivando-se, em seguida, em cartório a documentação autuada.

3.4.2. Competência territorial: determinada em face

do domicílio ou da residência do réu?

Quando confrontamos o CPC com o CC, chegamos à conclusão de que apesar de a lei processual aventar a possibilidade de determinação da competência pelo critério da residência do réu, isso, na verdade, está a indicar *domicílio*. É que o código civil (artigo 70 a 78) considera como domicílio civil da pessoa natural o lugar onde ela estabelece a sua *residência* com ânimo definitivo, mantendo a regra do antigo artigo 32 do código de 1916. Mas o CC observa que se a pessoa natural tiver diversas residências onde alternadamente viva, ou vários centros de ocupações habituais, considerar-se-á *domicílio* seu qualquer destes ou daquelas. Então é lícito concluir que o critério de determinação da competência territorial

será sempre o do *domicílio*, ainda que o CPC utilize a expressão *residência*, porque nas hipóteses em que se referiu à residência do réu foi exatamente quando o CC considerou-a como *domicílio*.

Em relação às pessoas jurídicas componentes da federação brasileira, o CC estabelece que em se tratando da União, seu domicílio é o Distrito Federal, o dos Estados, as respectivas capitais, o do Município, o lugar onde funcione a administração municipal (artigo 75). As outras espécies de pessoas jurídicas serão consideradas domiciliadas no lugar onde funcionarem as respectivas diretorias e administrações, ou onde elegerem domicílio especial nos seus estatutos ou atos constitutivos. Diz ainda o CC que se a pessoa jurídica de direito privado tiver estabelecimentos em lugares diferentes, cada um deles será considerado domicílio para os atos nele praticados, bem como que se a administração, ou diretoria, tiver a sede no estrangeiro, haver-se-á por domicílio da pessoa jurídica, no tocante às obrigações contraídas por cada uma das suas agências, o lugar do estabelecimento, situado no Brasil, a que ela corresponder.

3.4.3. Competência nos inventários, partilha e arrecadação.

Inventário constitui-se num procedimento especial constante do artigo 982-6, do CPC, com a finalidade de apurar e ajuntar o patrimônio de uma pessoa falecida, para, em seguida, partilhar-se entre os herdeiros e sucessores. Deve ser requerido no prazo de seis meses contados a partir da data da abertura da sucessão. O CC diz, no artigo 1784, que manteve a regra do antigo artigo 1572, que aberta a sucessão, a herança transmite-se desde logo aos herdeiros e legítimos e testamentários. O CC contém ainda uma regra que orienta a competência no processo civil, pois o artigo 1785 (substituto do revogado artigo 1578) manda observar que: *A sucessão abre-*

se no lugar do último domicílio do falecido, e ocorrerá no momento em que a pessoa falecer.

O CPC, por sua vez (artigo 96), considera: *O foro do domicílio do autor da herança, no Brasil, é o competente para o inventário, a partilha, a arrecadação, o cumprimento de disposições de última vontade e todas as ações em que o espólio for réu, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro.* Mas essa regra cede a exceções quando o autor da herança: não tiver domicílio certo, caso em que será competente o foro situação dos bens; ou quando ele além de não ter domicílio certo também possuir bens em lugares diferentes, caso em que será competente o foro do lugar em que ocorreu o óbito.

3.4.4. Réu ausente.

Declara-se a ausência de alguém quando a pessoa desaparecer de seu domicílio (1159 do CPC) *sem deixar representante a quem caiba administrar-lhe os bens, ou deixando mandatário que não queira ou não possa continuar a exercer o mandato.* Nesse caso, incumbirá ao juiz de direito da comarca do domicílio do ausente proceder à arrecadação de todos os seus bens, deixando sob guarda e administração de um curador. Deve o juiz mandar publicar editais pelo prazo de um ano, com intervalo de dois em dois meses, convocando o ausente para entrar na posse de seus bens (1161). Ao término desse prazo é lícito aos interessados requererem a abertura da sucessão provisória, cumprindo ao representante do Ministério Público requerê-la se as pessoas que têm legitimidade (*I - o cônjuge não separado judicialmente; II - os herdeiros presumidos legítimos e os testamentários; III - os que tiverem sobre os bens do ausente direito subordinado à condição de morte; IV - os credores de obrigações vencidas e não pagas.*) não o fizerem. A citação de todos os herdeiros, presentes e

ausentes, além da do curador, deve ser requerida pelos interessados na abertura da sucessão provisória.

Pois bem, consoante o artigo 97: *As ações em que o ausente for réu correm no foro de seu último domicílio, que é também o competente para a arrecadação, o inventário, a partilha e o cumprimento de disposições testamentárias.* O ato de citação, que se constitui num pressuposto processual de formação e desenvolvimento válido da relação jurídica processual, se envolver réu ausente, é preciso, em face do artigo 215 do CPC, que a citação faça-se na pessoa de seu mandatário, administrador, feitor ou gerente, quando a ação se originar de atos por ele praticados. Consoante o CC, quando o ausente deixar mandatário, que não queira, ou não possa exercer ou continuar o mandato, deverá haver a nomeação de curador ao ausente, que deverá ser, primeiramente, o seu cônjuge, desde que não esteja separado judicialmente. Porém, pela letra do CC, em não sendo possível a curadoria dos bens do ausente recair sobre o cônjuge, este encargo incumbirá ao pai, à mãe, aos descendentes, nesta ordem, não havendo impedimento que os iniba de exercer o cargo. Pelo CC, se a curadoria recair sobre os descendentes, os mais vizinhos precedem aos mais remotos, e, entre os do mesmo grau, os varões preferem às mulheres. Esta parte última parece-nos inconstitucional porque discrimina a preferência para as pessoas do sexo masculino apenas pelo critério *sexual*, o que agride a Constituição Federal. Se o ausente não tiver curador o juiz dar-lhe-á curador especial (1042 do CPC).

A interpretação do STJ a respeito do artigo 215 do CPC é no sentido de que se o réu tem endereço certo sua citação deve ser nele diligenciada e o fato de a ação ser ajuizada em comarca diversa da que tem domicílio o réu, não justifica que este ato de cientificação da demanda seja realizado na pessoa do gerente (⁹⁴⁵). Este mesmo tribunal também já admitiu que numa

⁹⁴⁵ Superior Tribunal de Justiça. Rip:00014210 decisão:28.06.1991. Processo:resp num:0007083 ano:90 UF:RS. Turma:03. Recurso Especial. Fonte: dj. Data:21.10.1991 pg:14746. RSTJ. Vol.:00026.

ação de consignação em pagamento, referente a contrato de aluguel de imóvel, porque estando ausente o locador, e, em razão de a imobiliária sempre receber o pagamento dos alugueres, aceitou a imobiliária como parte legítima para a causa, mas em face de tal empresa ter assinado o contrato de locação (⁹⁴⁶). Nesse caso, se a imobiliária participou do fato jurídico que se constitui na causa de pedir remota, parece-nos que o fator ausência em nada interferiria na legitimação para a causa – do caso concreto –, eis que mesmo presente o proprietário do imóvel isso não se constituiria em óbice para a participação da mandatária na causa, já que o contrato foi celebrado com sua participação, logo, verificada aquela condição da ação referente à pertinência subjetiva da ação.

Várias questões processuais merecem relevo quando envolver interesse de ausente. Em relação ao prazo prescricional, a ação proposta pelo marido para a contestação da paternidade do filho de sua esposa prescreverá em dois meses, se o marido estiver presente, e, em três meses se dele ocultaram o nascimento do filho, ou se estiver ausente. Mas a contagem do prazo prescricional se o marido se achava ausente, ou lhe ocultaram o nascimento, será contado do dia de sua volta à casa conjugal, no primeiro caso, e da data do conhecimento do fato, no segundo.

Pg:00466. Ementa: “*Citação - ausência - C.P.C., Art. 215 par-1. Ausente, no sentido desse dispositivo da lei processual, e aquele que não se encontra no local em que normalmente deveria ser procurado para a citação. Tendo domicílio certo e conhecido, aí deverá ser essa diligenciada. Não se justifica a citação na pessoa do gerente apenas por ter sido a ação ajuizada em comarca diversa daquela em que domiciliado o réu. Relator: ministro eduardo ribeiro. Decisão: por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento*”.

⁹⁴⁶ Superior Tribunal de Justiça. Rip:00020347 decisão:01.12.1993. Processo:resp. Num:0037068. Ano:93 UF:MS turma:05. Recurso Especial. Fonte: DJ. Data:13.12.1993, pg:27482. RSTJ vol.:00058, pg:00375. Ementa: “*Locação. Ação de consignação em pagamento de aluguéis. Réu ausente. Ação proposta contra imobiliária administradora do imóvel. Legitimidade passiva. Tratando-se de consignatória que teve origem na recusa, sem justo motivo, da representante do locador - a mesma que assinara o contrato de locação e vinha recebendo os aluguéis - e estando o locador ausente, sem endereço conhecido, cabível a ação de consignação contra a administradora (arts. 943 do Código Civil e 235, par. 1., Do CPC), já que, nessa hipótese, legitimada estava esta última a figura no polo passivo da relação processual. Recurso especial conhecido pelo dissídio mas improvido. Relator: Ministro Assis Toledo. Decisão: por unanimidade, conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento*”.

Quanto à competência para processar e julgar pedido de declaração judicial de ausência, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça passou a considerar competente os juízes federais, dès que tenha por objetivo a consecução exclusiva de benefícios previdenciários arcados pela União. Antes, entendia-se que apenas o juiz de direito era competente para tal, o que nos parece mais acertado, pois o entendimento que confere competência a juiz federal para julgar pedido de declaração de ausência agride o artigo 92 do código de processo civil.⁹⁴⁷

3.4.5. Réu incapaz.

Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil, dizia o artigo 2º do CC de 1916, que foi substituído pelo artigo 1º do CC atual, pelo qual Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. O código não faz distinção entre nacionais e estrangeiros. Sob o aspecto processual, a representação é um instituto pelo qual uma pessoa capaz age, em juízo, em nome (representando) de uma incapaz, em face de esta última ser absolutamente incapaz. Note-se que na representação o representante não age em seu próprio nome, mas no da pessoa representada. A assistência, por sua vez, é um instituto pelo qual uma pessoa capaz auxilia outra, em juízo, em face de esta última ser relativamente incapaz. A capacidade de estar em juízo não pode ser confundida com a capacidade de ser parte. Aquela é um pressuposto processual correlacionado diretamente com a

⁹⁴⁷ Artigo 92: *Compete, porém, exclusivamente ao juiz de direito processar e julgar: I - o processo de insolvência; II - as ações concernentes ao estado e à capacidade da pessoa.* Mas o STJ vem entendendo que: EMENTA: “*Competência. Benefícios previdenciários. Dependência econômica. I - É da competência da Justiça Federal o processamento e julgamento das causas atinentes a benefícios previdenciários. Precedentes. II - Conflito conhecido. Competência que se define a favor do juízo suscitado. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça - Conflito de competência nº 1.478 – RJ. (Registro nº 90.95212) - Relator: Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli*”. NEGRÃO, Theotonio, op. cit. nota 1a, artigo 1159.

capacidade para os atos da vida civil. Esta é um pressuposto pré-processual desvinculado da capacidade para os atos da vida civil. Neste sentido, como já vimos, a capacidade de estar em juízo é subdividida em: plena – quando a parte for totalmente capaz para os atos da vida civil; semiplena – quando a parte for relativamente incapaz, caso em que será assistida; e inexistente – quando a pessoa titular do direito subjetivo material (parte no sentido material) for absolutamente incapaz, caso em que será representada em juízo, mas mesmo nesse caso o representante não é substituto processual (artigo 6º do CPC), pois não age em nome próprio na defesa de direito alheio.

Nos casos em que o réu for incapaz, absoluta ou relativamente, a ação deverá ser proposta no foro do domicílio do seu representante legal. Mas tome-se a expressão *representante* em sentido amplo a abranger tanto casos de representação (incapacidade absoluta) quanto de assistência (incapacidade relativa). Diz o artigo 98, que: *A ação em que o incapaz for réu se processará no foro do domicílio de seu representante. O domicílio aí mencionado denomina-se de domicílio necessário, pois mesmo que o representado tenha domicílio em comarca diversa da do representante, será no foro da comarca deste onde deve a ação ser proposta. O incapaz referido neste artigo é o menor sob pátrio poder ou sob tutela e o interdito, ou seja, ainda que seja maior de idade. Então, o representante aí referido será o pai ou a mãe, se se tratar de menor sob o pátrio poder; o tutor para as hipóteses de tutela; e o curador para os casos de interditados.*⁹⁴⁸

3.4.6. Competência territorial nas causas de interesse da União: pela revogação constitucional do artigo 99 do CPC.

⁹⁴⁸ BARBI, Celso Agrícola, op. cit. p. 267.

Este tipo de competência territorial, determina-se levando-se em conta o critério *pessoa da União* enquadrava-se como caso de competência territorial absoluta. Todavia, a superveniência da Constituição Federal de 1988 o revogou, eis que ele se tornou incompatível com o artigo 109 da Carta política.⁹⁴⁹ Esta regra era de uma injustiça indisfarçável, pois obrigava a qualquer particular, por exemplo, domiciliado numa comarca longínqua da capital do Estado, a demandar contra a União na capital. Então, o artigo 109 da Constituição Federal mudou as regras e passou a determinar que: quando a União for autora, deve aforar suas causas na seção judiciária que tiver domicílio a outra parte. Neste caso o processo tramitará necessariamente perante um juiz federal, mas, não, necessariamente, na capital do Estado (é a regra constante do § 1º do artigo 109). Quando a União for ré, também deverá o processo tramitar perante um juiz federal, salvo exceções que adiante serão examinadas, mas a Constituição concedeu à parte autora quatro opções possibilitando que as causas contra ela sejam aforadas: 1º- na seção judiciária onde o autor for domiciliado; 2º- na seção judiciária onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda; 3º- na seção judiciária onde esteja situada a coisa; 4º- no Distrito Federal (é a regra constante do § 2º do artigo 109).

A primeira exceção possibilita que ações envolvendo autarquia federal (instituição de previdência social) e segurado, sejam processadas e julgadas perante juízes estaduais. E o requisito para que não deva tramitar pela justiça federal é que a comarca do domicílio do segurado não seja sede de vara federal, pois havendo vara federal será pela justiça federal que tramitará a ação. A Constituição Federal possibilitou ainda que a lei possa

⁹⁴⁹ Dizia o artigo 99 do CPC que: *O foro da Capital do Estado ou do Território é competente: I - para as causas em que a União for autora, ré ou interveniente; II - para as causas em que o Território for autor, réu ou interveniente. Parágrafo único. Correndo o processo perante outro juiz, serão os autos remetidos ao juiz competente da Capital do Estado ou Território, tanto que neles intervenha uma das entidades mencionadas neste artigo. Excetuam-se: I - o processo de insolvência; II - os casos previstos em lei.*

permitir que outras causas sejam também julgadas pela justiça estadual. A Constituição não restringiu estas ações para quando fosse tal instituição acionada, ou seja, a Constituição determinou que sendo parte na causa segurado ou instituição de previdência social, tanto no pólo passivo quanto no ativo, se a comarca não for sede de vara federal, poderá a ação tramitar pela justiça estadual. Mas, sempre que o segurado preferir acionar uma instituição federal de previdência social perante a justiça federal isso é possível, porque o que fez a Constituição foi estabelecer uma regra para beneficiar o segurado (é a regra constante dos §§ 3º e 4º do artigo 109). De toda sorte, em qualquer uma dessas hipóteses o recurso cabível será sempre para o Tribunal Regional Federal da área de jurisdição do juiz de primeiro grau, quer ele seja federal quer estadual, porque neste último caso o juiz do Estado estará a agir na competência da justiça federal - não há como negar, pensamos, que esse caso se constitui delegação constitucional de competência. No sentido de que essa hipótese representa mesmo delegação de competência da justiça federal ao juiz estadual, encontramos precedente firmado pelo STF, ainda sob atuação regida pela Constituição Federal anterior.⁹⁵⁰

Como já dissemos, também se constituem em exceções à tramitação de processos perante a justiça federal, quando se verificarem interesses da

⁹⁵⁰ Número do processo: CJ6685 - Classe: CJ - conflito de jurisdição. Origem: RS - Rio Grande do Sul. Relator: Min:138 -Ministro Aldir Passarinho. Julgamento: 1988/02/01. Sessão: TP - Tribunal Pleno. Publicações: DJ data-25-03-88 pg-06373. Ementário do STF. vol-01495-01 pg-00117. Ementa:- *“Conflito de jurisdição. Divergência entre juiz estadual, mas no exercício de função delegada da Justiça Federal, e o Tribunal Federal de Recursos. Conflito não conhecido. Em se tratando de ação referente a matéria previdenciária, em que e parte o INPS, o Juiz Estadual que a processa e julga se encontra no exercício de função delegada da Justiça Federal e, por isso, como o Tribunal Federal de recursos e o órgão de segundo grau, no pertinente as questões federais, a ele se encontra subordinado, nesse âmbito, o juiz estadual quando profere sentenças, no exercício de tal delegação. Assim, não pode haver conflito de competência entre o juiz estadual e o Tribunal Federal de recursos, no referente a tais ações. Observação: Votação: unânime. Resultado: não conhecido. Rec. . Ano:88 aud:25-03-88. Grifamos. No mesmo sentido: “em se tratando de ação referente a matéria previdenciária, em que é parte o inps, o juiz estadual que a processa e julga se encontra no exercício de função delegada da Justiça Federal e, por isso, como o Tribunal Federal de recursos é o órgão de segundo grau, no pertinente às questões federais, a ele se encontra subordinado, nesse âmbito, o Juiz Estadual quando profere sentenças, no exercício de tal delegação. Assim, não pode haver conflito de competência entre o Juiz Estadual e o Tribunal Federal de recursos, no referente a tais ações”.* (RTJ 125/511). Grifamos.

União, autarquia, fundações públicas federais, ou empresas públicas federais, as causas de falência e acidentes do trabalho, que a teor do artigo 109, I, da Constituição Federal, serão processadas perante a justiça estadual. Mas aqui não há que se falar em *delegação de competência*, pois o juiz de direito quando processa e julga uma dessas causas não age por delegação da Constituição Federal, mas porque o constituinte deu preferência ao critério matéria (falência e acidentes do trabalho) sobre o critério pessoa da União e entidades a ela ligadas.

3.4.7. Demais hipóteses de competência territorial.

O artigo 100 do CPC, no inciso I, estabelece que nas ações de separação judicial, bem como na ação de conversão de separação judicial em divórcio e também na ação de anulação de casamento será competente o foro da residência da mulher. Primeiramente, veja-se que a Constituição Federal no artigo 226, § 5º, disse que: *Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher*. Inicialmente, muitas vozes levantaram-se pela inconstitucionalidade superveniente – ou pela revogação - do inciso I do artigo 100 do CPC, pelo aparente choque com o § 5º do artigo 226 da Constituição, como também nos parece. Entretanto, o entendimento pretoriano não se sedimentou neste sentido.

Quando o CPC disse que o foro competente na ação de conversão de separação em divórcio deveria ser o da residência da mulher, nesse caso obviamente pressupõe-se a existência de um processo prévio (o de separação judicial). É aí que incide a regra do artigo 35 da lei 6515/77 (lei do divórcio), impondo que a conversão da separação judicial em divórcio pode ser feita mediante pedido de qualquer dos cônjuges, mas deve o pedido ser apensado aos autos da separação judicial (art.48). A regra deste

artigo, aparentemente, torna inócua a regra do inciso I do artigo 100 do CPC, pelo fato de que se o pedido de conversão em divórcio deve ser feito nos mesmos autos da ação de separação judicial, então não haveria que se falar que para tal ação é competente o foro da residência da mulher. Mas, esta mesma lei 6.515/77 permitiu que: *Se os autos do desquite ou os da separação judicial tiverem sido extraviados, ou se encontrarem em outra circunscrição judiciária, o pedido de conversão em divórcio será instruído com a certidão da sentença, ou da sua averbação no assento de casamento. E quando a mulher tiver domicílio diverso daquele no qual se julgou a ação de “desquite”,*⁹⁵¹ diz o artigo 48 desta lei que se aplica o artigo 47, ou seja, mesmo que haja ação de separação judicial, proposta pela mulher ou pelo marido, a ação para conversão em divórcio será sempre no foro de residência do cônjuge feminino.

O juiz somente poderá decretar a conversão da separação em divórcio se já contar com mais de um ano: da data da decisão que a concedeu ou da data da concessão da medida cautelar de separação de corpos. Por expressa vedação do artigo 25 da lei de divórcio, a sentença não pode mencionar a causa que a determinou, devendo ainda obrigar a mulher a voltar a usar o nome que usava antes do matrimônio, exceto se isso lhe causar prejuízo de identificação ou distinção do seu nome para com os dos seus filhos havidos na constância ou em decorrência da união dissolvida, bem como nos demais casos em que a supressão do nome do marido acarretar dano grave reconhecido em decisão judicial. Os tribunais concebem que a regra processual supra existe em benefício da mulher, mas não a obriga a acionar o réu na comarca de sua residência (da mulher). Ela pode optar pelo foro da comarca do domicílio do réu.⁹⁵²

⁹⁵¹ Lembre-se que o artigo 41 da lei 6.515/77, disse que: *as causas de desquite em curso na data da vigência desta lei, tanto as que se processam pelo procedimento especial quanto as de procedimento ordinário, passam automaticamente a visar à separação judicial. E o artigo 42: as sentenças já proferidas em causas de desquite são equiparadas, para os efeitos desta lei, às de separação judicial.*

⁹⁵² 01- Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.CCP - conflito de competência.Número: 0001190 ano: 90 UF:DF - Distrito Federal. Reg.int.proces.: 56.737 CCP0001190. Decisão: 18.12.90 órgão

Nas ações de alimentos será competente o foro: *do domicílio ou da residência do alimentando* (inciso II, artigo 100). Naquelas em que se pede a anulação de títulos extraviados ou destruídos será proposta no foro *do domicílio do devedor* (inciso III, artigo 100). Quando for ré pessoa jurídica, deve-se observar as seguintes regras para se estabelecer a competência pelo lugar: *a) onde está a sede, para a ação em que for ré a pessoa jurídica; b) onde se acha a agência ou sucursal, quanto às obrigações que ela contraiu; c) onde exerce a sua atividade principal, para a ação em que for ré a sociedade, que carece de personalidade jurídica; d) onde a obrigação deve ser satisfeita, para a ação em que se lhe exigir o cumprimento* (inciso IV, artigo 100).

Por fim, o artigo 100, V, rege a competência territorial pelo foro da comarca do lugar do ato ou do fato *para a ação em que for réu o administrador ou gestor de negócios alheios, bem como para a ação de reparação do dano*. Em relação a estas últimas ações é facultado à parte autora escolher entre o local do fato ou do domicílio (do autor, ou ainda o do domicílio do réu, pois o artigo 100 não excluiu a regra do artigo 94). Em caso de ação de reparação de dano em decorrência de acidente de veículo, a ação só seguirá o procedimento sumário se o veículo ou veículos em

judg.: 40 - Câmara Cível. Relator: Desembargador Manoel Coelho. Publicação: DJDF data: 18.03.92, pág.: 6.013. Ementa: "*Conflito de competência. Incompetência relativa. Prorrogação da competência se não arguida mediante regular exceção. Não suscetível de declaração de ofício. A mulher casada pode renunciar o foro especial concebido em seu benefício. Conflito julgado procedente. A incompetência relativa, consoante iterativa jurisprudência desta corte, com base no art.114, do CPC, não pode ser declarada de ofício. Além disso, nada obriga à mulher casada propor a ação de divórcio no foro de seu domicílio ou de sua residência. Trata-se de foro especial concebido em seu benefício, a que ela pode renunciar, de acordo com o seu interesse, sem qualquer prejuízo para a administração da justiça ou para o réu. Decisão: Conhecer e julgar competente o juiz suscitado. Vencido o Des. Antônio Honório*".

- 02- Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agi - agravo de instrumento. Número: 0005741 ano: 96 UF:DF - Distrito Federal. Reg.int.proces.: 84.040 agi0005741. Decisão: 08.04.96 órgão julg.: 62 - segunda turma cível. Relator: Desembargador Valtenio Mendes Cardoso. Publicação: DJDF data: 15.05.96 pág.: 7.336. Ementa: "*Competência. Divórcio por conversão. Por conter o pedido formulado narração lógica dos fatos, permitindo-se a compreensão e o alcance, rejeita-se a preliminar de inépcia da peça recursal. Nos termos do inciso I, do artigo 100, do Código de Processo Civil, o foro competente para processamento da ação de conversão da separação dos cônjuges em divórcio é o da residência da mulher, prevalecendo, excepcionalmente, o do cônjuge varão, quando desconhecido o paradeiro ou o domicílio da ex-mulher. Recurso conhecido e desprovido. Decisão:Negar provimento. Unânime*".

questão forem terrestres, ou pelo valor da causa abaixo da alçada do artigo 275 (sessenta vezes o valor do salário mínimo).⁹⁵³ Nos demais casos, veículos não terrestres, o procedimento será ordinário.

A competência nos casos de arbitragem, como era regida pelo artigo 101 do CPC, não tem mais aplicação pela superveniência da lei 9.307/96, que revogou vários artigos do CPC. Dizia o revogado artigo 101: *É competente para a homologação do laudo arbitral, em primeiro grau de jurisdição, o juiz a que originariamente tocar o conhecimento da causa; em segundo grau, o tribunal que houver de julgar o recurso*". Agora não há mais que se falar em homologação do juiz de direito para que a decisão do árbitro tenha eficácia de título executivo, pois a lei 9.307/96, alterou o artigo 584, III, do CPC e passou a considerar a decisão arbitral como *sentença*. Trata-se de título executivo que prescinde de homologação do juiz e que é considerado título judicial.⁹⁵⁴

3.5. Da competência em razão do valor: absoluta e relativa.

Assim como a competência em razão do território, a competência em razão do valor caracteriza-se tanto como improrrogável quanto como prorrogável. Quando se pensa na questão do procedimento, deve-se, por questão de ordem didática, lembrar que a noção de procedimento difere da de processo. Processo é relação jurídica angular caracterizada por um conjunto de atos destinados à prolatação de uma sentença de mérito, cujo escopo é dirimir a lide, ou seja, compor o conflito de interesses antecedente ao exercício do direito ação. Procedimento, por sua vez, consiste na forma através da qual os atos processuais praticam-se, exteriorizam-se. Em relação ao processo de conhecimento, o procedimento pode ser comum ou especial e de acordo com o artigo 272: *O procedimento comum é*

⁹⁵³ A lei nº 10.444/02 ampliou o valor da causa no procedimento sumário de vinte para sessenta vezes o valor do salário mínimo.

⁹⁵⁴ A lei 10.352/01, alterando o artigo 575, reforçou a desnecessidade de homologação judicial das decisões arbitrais.

ordinário ou sumário. O procedimento sumário, por sua vez, verificar-se-á por dois motivos: ou será pelo valor; ou será pela matéria, independentemente do valor. Quando se alude ao sumário menciona-se o procedimento previsto nos artigos 275-281. Antes da vigência da lei nº 9.245, de 26/12/1995, o artigo 275 e seguintes do CPC denominava o procedimento ali regulado de *sumaríssimo*. Após o advento da lei 9.099/95, que regulamentou o procedimento dos juizados especiais cíveis e criminais, passou-se a entender que o procedimento sumaríssimo cível foi por ela regulado, mas, não obstante isso, devemos registrar que esta lei apenas denominou de sumaríssimo o procedimento penal previsto nos artigos 77-83.

Então, considerando que o valor de cada causa (alçada) pode determinar o tipo de procedimento a ser observado, será na possibilidade de a parte autora poder, ou não, modificar o procedimento que se fala em competência em razão do valor: absoluta e relativa. É absoluta a competência em razão do valor porque a parte autora não pode fazer a ação tramitar pelo sumário se a causa tiver um valor acima da alçada permitida, ainda que a parte ré consinta.⁹⁵⁵ A alçada do sumário no CPC é de sessenta vezes o valor do salário mínimo. Assim, se o valor da causa é de sessenta e cinco salários mínimos ela, pelo motivo valor, jamais poderá tramitar pelo sumário. Nem mesmo o contrato poderá prever que a ação para dirimi-lo deverá seguir o rito sumário, pois uma tal cláusula seria nula de pleno direito. Veja-se que esta causa de sessenta e cinco salários mínimos jamais poderá tramitar pelo sumário se a parte autora insistir em manter esse valor. Porém, se o autor da demanda resolver abrir mão de cinco salários, e ele realmente pode fazer isso, aí aquela causa, que antes não poderia seguir o rito sumário, agora poderá. Isso acontece porque a parte autora pode dispor de parte de seu direito. E em face disso se diz que em relação ao teto mínimo o autor pode modificar a competência, ou seja, pode renunciar, baixando o valor, para fazer uma causa que tramitaria pelo ordinário possa tramitar pelo sumário. Essa possibilidade está prevista expressamente pela lei 9.099/95, em seu artigo 3º, § 3º, que diz: *A opção pelo procedimento previsto nesta lei importará em renúncia ao crédito excedente ao limite estabelecido neste artigo* (quarenta salários), *excetuada a hipótese de conciliação*.

⁹⁵⁵ Neste sentido, diz Frederico Neves: “... é inadmissível a substituição do procedimento sumário pelo ordinário (quer por opção exclusiva do autor, quer por convenção das partes), já que a questão procedimental diz pertinência a interesse público sobre o qual as partes não têm o poder de dispor”. NEVES, Frederico Ricardo de Almeida. *Agravo. Nova sistemática e outros temas de exegese controvertida da reforma processual civil*. Recife: Bagaço, 1996, p. 186.

O autor que não quer abrir mão de dois salários mínimos, numa causa onde esses dois salários representam o excedente da alçada, não poderá acionar o réu, por exemplo, pelo juizado especial cível, em razão de haver excedente de alçada em dois salários. Nesse caso, a causa deverá ser distribuída na justiça comum e não mais no juizado, onde o rito e os princípios são outros. Porém, em se tratando do sumário do CPC isso nem sempre ocorrerá, ou seja, nem sempre o fato de não ser possível prosseguir com uma ação pelo sumário, se o autor insistir em manter o valor que exorbite o máximo permitido, significará que haverá modificação da competência quanto ao órgão julgador. Pode ser que na comarca não haja vara com competência para processar e julgar causas que tramitem pelo sumário e nesse caso: ou o processo seria extinto pela inadequação do procedimento (indeferimento da petição inicial com base no artigo 295, inciso V, que diz que a inicial será indeferida: *quando o tipo de procedimento, escolhido pelo autor, não corresponder à natureza da causa, ou ao valor da ação; caso em que só não será indeferida, se puder adaptar-se ao tipo de procedimento legal*); ou teria sua petição inicial adequada ao procedimento ordinário, o que poderia ser ordenado pelo juiz (com base no artigo 284), sob pena de extinção do processo.

4. Da modificação da competência e a perpetuação da jurisdição.

Qualquer espécie de competência pode ser modificada, mas só as relativas podem ser alteradas por vontade das partes. Pelo critério da prorrogabilidade, ou modificação da competência pela vontade das partes, o que se proíbe é que a mudança da competência possa ocorrer nos casos de competência absoluta, ao passo que nos de competência relativa isso é possível. No momento em que se propõe a ação a competência é determinada e a este fenômeno a doutrina denomina de *perpetuação da jurisdição* (artigo 87). Então, perceba-se três importantes detalhes: primeiro, de acordo com o artigo 263, considera-se proposta a ação no momento em que a petição inicial é distribuída (nas comarcas com mais de uma vara), ou no momento em que o juiz despachar a petição inicial (nas comarcas de vara única); segundo, que o fato de a propositura da ação não é suficiente, por si só, para gerar o

fenômeno da prevenção do juízo; terceiro, o fato de a competência já está determinada não impede que ela (competência) seja modificada pela vontade do Estado.

O artigo 87, que trata do fenômeno da *perpetuação da jurisdição*, disse que: *Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São 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.* Isso implica em dizer que: 01- uma vez determinada a competência, ou perpetuada a jurisdição, não poderá haver modificação da competência relativa, nem da absoluta, por vontade das partes; 02 – a expressão grifada acima designa uma exceção à regra capaz de possibilitar a modificação tanto da competência absoluta quanto da relativa, não por vontade das partes, evidentemente, mas pela lei. E isso significa que uma lei estadual de organização judiciária pode, por exemplo, suprimir a existência de um juízo que era competente, numa determinada comarca, para processar e julgar causas relativas à falência e, ao mesmo tempo, determinar que os processos que tramitavam pelo juízo agora extinto sejam redistribuídos para todas as varas cíveis, observada a proporcionalidade para não sobrecarregar determinada vara.

Logo acima foi dito que a propositura da ação era insuficiente para determinar a prevenção ou competência do juízo, o que está correto. Mas a jurisprudência do TJSP entende que a propositura da ação é suficiente para determinar competência do “foro”, isto é, a competência de uma determinada comarca, não de determinado juízo.⁹⁵⁶ Não se pode afirmar que a simples propositura da ação determina a competência de foro. Pelo contrário, o artigo 219, mantendo a regra do CPC de 1939, claramente disse que será a citação o ato processual que irá tornar prevento o juízo. E a jurisprudência mais moderna fixou-se neste entendimento. O artigo 106 – que vincula o fenômeno da prevenção ao despacho do juiz - está em contradição com o 219 – a adstringe à citação válida -, mas é possível harmonizá-

⁹⁵⁶ Vejamos o que disse a 4ª Câmara do TJSP: “No regime do CPC de 1939 a *perpetuatio jurisdictionis* se caracterizava com a citação, fixando consequentemente a competência. Já no Código atual a *perpetuatio* assegura a determinação da competência do foro. Portanto, se ajuizada a ação, antes mesmo de efetivada a citação, se houver transferência do domicílio do réu, a competência do foro está garantida. A litispendência, portanto, é irrelevante para a perpetuação da jurisdição do nosso sistema processual. A *perpetuatio* objetiva a estabilidade da competência, que ficaria comprometida se modificações fáticas viessem a interferir na jurisdição”. (Do ac. unân. da 4ª Câm., do TJSP, de 3.4.86, no agr., 70.886-1, rel., des. Alves Braga; RJTJSP, 104/286). DE PAULA, Alexandre. *Código de processo civil anotado*, p. 499.

los se entendermos que o artigo 106 trata de competência de juízo (seria prevento então aquele que despachasse em primeiro lugar mandando citar o réu, no caso de os juízes estarem num mesmo território, num mesmo foro), ao passo que o 219 trata de competência de foro (então seira prevento aquele juiz do processo no qual em primeiro lugar ocorreu a citação válida, no caso de os juízes estarem em bases territoriais diferentes).⁹⁵⁷ O fato é que num e noutro caso a prevenção do foro ou do juízo não será determinada pela propositura da ação, pois apesar de o despacho acarretar a propositura (263) e também proporcionar a prevenção (106), jamais poderá ocorrer que um mesmo despacho possa gerar a prevenção na hipótese prevista no artigo 263, simplesmente porque o artigo 106 exige a presença de dois ou mais juízes na mesma base territorial, ao passo que o 263 considera proposta a ação, pelo despacho, quando se tratar de comarca de vara única. Ora, havendo apenas uma única vara não haverá mais de um juiz, salvo se se tratar de juiz auxiliar, mas neste caso ambos representarão o mesmo juízo. Assim, o aresto do TJSP deve ser interpretado como adstrito ao fenômeno da perpetuação da jurisdição (artigo 87).

4.1. Da modificação do estado de fato e de direito.

Quando a artigo 87 disse que *são irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente...*, tratou aí de determinar que uma vez firmada a competência de um juízo, exemplificativamente, pelo domicílio do réu, ante o fato de se tratar de uma ação fundada em direito pessoal (artigo 94), e, se após a propositura da demanda o réu mudar-se para outra comarca isso não importará na modificação da competência, por mais longínqua que ela seja. Neste sentido o STJ já decidiu que a mudança do domicílio do réu só altera a competência se ele a alegar através de exceção de incompetência, mas para fazer isso é preciso que a alteração do domicílio, pela letra da lei, tenha ocorrido antes da propositura da ação.⁹⁵⁸

⁹⁵⁷ NEGRÃO, Theotonio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, p, 151.

⁹⁵⁸ Superior Tribunal de Justiça. Rip:00006976 decisão:28.10.1990. Processo:cc num:0001380 ano:90 UF:DF. turma:s1. Conflito de competência.Fonte: DJ data:01.10.1990 pg:10429. Ementa: “*Conflito de competência - incompetência relativa - a mudança do domicílio do réu só altera a competência quando ele a suscitar. Incompetência relativa não pode ser argüida de ofício.*Relator: Ministro Luiz

Por outro lado, nas relações jurídicas de trato continuativo, a modificação do estado de fato ou de direito após a prolatação da sentença, possibilita ao juiz que modifique sua decisão de mérito desde que a parte, provando a ocorrência daquela modificação, requeira a revisão do que foi determinado na sentença.⁹⁵⁹ Com base no artigo 471 o STJ admite, em se tratando de relação jurídica de trato continuativo, que, em casos como o da condenação da parte ré ao pagamento de benefício acidentário, bem como no de alimentos, e, sobrevivendo a mudança no estado de fato de uma das partes, o juiz modifique sua sentença de mérito já trânsita em julgado, inclusive.⁹⁶⁰

Exemplo de modificação do estado de direito é o caso do desmembramento de comarcas. Imagine-se que a comarca do Recife fosse desmembrada com a criação de um novo município. Isso não significaria que os juízes do Recife pudessem remeter os autos dos processos das ações fundadas em direitos pessoais e reais mobiliários para os juízes da nova comarca criada, ainda que os réus de tais processos tivessem domicílio no território dessa nova comarca desmembrada do Recife. Continuarão competentes os juízes do Recife, mesmo que os réus não mais residam ou tenham domicílio nos limites territoriais desta antiga comarca. Esse é o entendimento da jurisprudência desde a época do extinto Tribunal Federal de Recurso e que vem mantendo-se até hoje.⁹⁶¹ Outro exemplo de modificação do

Vicente Cernicchiaro. Decisão: Por unanimidade, pela competência do Juízo Federal da 2. Vara-DF, suscitante”.

⁹⁵⁹ Eis a dicção do artigo 471: *Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II - nos demais casos prescritos em lei.*

⁹⁶⁰ Superior Tribunal de Justiça. Rip:00013905 decisão:28.11.1994.Processo:resp num:0048069 ano:94 UF:SP turma:06. Recurso especial. Fonte: Dj. Data:06.02.1995. Pg:01377. Ementa: “*Processual civil. Art. 471. Revisão de benefícios reconhecidos em sentença. Possibilidade. I - o dispositivo legal acena que não ofende a coisa julgada a revisão de sentença relativa a relação jurídica continuativa, desde que ocorra a modificação do estado de fato ou de direito. II - no caso específico, visava-se a revisão do critério de reajuste das prestações do benefício acidentário fixado na sentença de liquidação, ou seja, da relação jurídica continuativa. Assim, era possível a postulação, sem ofensa a coisa julgada.III - Recurso provido. Relator: Ministro Pedro Acioli*”.

⁹⁶¹ NEGRÃO, theotonio, op. cit. p. 136. DE PAULA, Alexandre, op. cit. p. 498-9. Dal Col, Helder Martinez, contudo, demonstra que a questão não é pacífica. A nosso ver tudo estará a depender do que determinar a lei que alterar o estado de direito (artigo 87). Em sendo silente, deve prevalecer a disposição do CPC. Do contrário, pode a lei dispor de outro modo. Neste sentido demonstra Martinez: “*Criação de nova Comarca O juiz da comarca desmembrada é o competente para continuação de processos iniciados na outra comarca, obedecendo-se ao critério de localização do domicílio do réu. Situações de tal jaez são comuns no âmbito da Justiça Federal, onde a competência jurisdicional é concorrente entre os diversos juízes federais e o autor pode demandar em seu próprio domicílio ou perante a comarca mais próxima, cuja circunscrição judiciária seja integrada por seu município e comarca, quando estes não*

estado de direito que não importa na modificação da competência é o caso do inventário que foi distribuído para determinada vara, mas que, em seguida, uma lei altera a competência em razão da matéria. A jurisprudência entende que mesmo assim, o juiz daquela vara para a qual o inventário foi distribuído continua competente, porque sua jurisdição já estava perpetuada.⁹⁶²

Mas, segundo Pontes de Miranda, o artigo 87 não contém nenhuma regra, ou princípio, de direito intertemporal do processo de forma a impedir a retroatividade das leis em matéria de competência. Tanto que havendo uma lei nova, ela pode alterar a competência já estabelecida. E explicando quais as alterações que podem ocorrer e que não teriam proibição legal, aponta todas e quaisquer que ocorram antes da propositura da ação. Mas, a propositura da ação, para ele, dá-se com a entrega dos autos do processo para o juiz despachar.⁹⁶³

De acordo com CPC, a jurisdição só estará perpetuada com a propositura da ação, mas a propositura só depende do despacho do juiz nos autos, qualquer despacho, de qualquer natureza, se se tratar de comarca de vara única – nas demais se dará pela distribuição. Sendo a comarca de vara única e havendo despacho a competência de *juízo* estará perpetuada, mas não a de foro, senão vejamos: imagine-se que José proponha uma ação baseada em direito pessoal contra João e que ela tenha sido distribuída para a 1ª vara cível do Recife, porque o réu tinha domicílio nesta cidade (obedecida a regra do foro do réu, artigo 94), no dia 01/05/02, e que tenha sido despachada no dia 02/05/02. Agora, admita-se que João tenha proposto contra José uma ação, também fundada em direito pessoal, conexa com a anteriormente proposta, (seriam conexas pela causa de pedir remota, artigo 103), e que ela tivesse sido distribuída no dia 02/05/02, para a 1ª vara cível da comarca de Olinda, porque José tinha domicílio nesta cidade, e despachada no dia 03/05/02. Observe-se que este exemplo retrata uma situação de competência de foro, na

sejam sede de vara da Justiça Federal. Trata-se, como se pode ver, de exceção à regra da perpetuatio iurisdictionis. Fixada a competência, com a propositura da demanda e respectivo despacho judicial, pode-se dar de o processo estar em curso, pronto para sentença, quando venha a ser criada nova vara federal, desta feita na comarca de domicílio do autor, o que provoca o imediato deslocamento do processo e sua redistribuição para o juiz federal de sua comarca". DAL COL, Helder Martinez. Modificações da competência. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 802, agosto de 2002, ISSN 0034-9275.

⁹⁶² NEGRÃO, theotonio, op. cit. p. 136.

⁹⁶³ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo II, p. 201.

qual enquanto não tiver havido citação válida não será possível determinar-se qual dos dois juízos será o preventivo. Logo, se é correto dizer que pela simples propositura (petição inicial despachada ou distribuída) a jurisdição estará perpetuada, também será correto concluir que a perpetuação da jurisdição pode ser modificada em razão da prevenção. O ato processual que irá determinar, no exemplo dado, qual será o juízo preventivo, e que, portanto, deverá julgar as duas causas (artigo 105), será a citação válida. E será a citação válida porque o juiz do Recife não está na mesma base territorial do juiz de Olinda, eles estão em foros diferentes, então, nesse caso, não interessa nem o primeiro despacho, nem, menos ainda, a distribuição. Indubitavelmente, se a citação válida ocorrer primeiro no processo proposto na comarca de Olinda, ainda que distribuído e despachado posteriormente ao processo que fora proposto no Recife, competente será o juiz de Olinda para as duas causas. Isso implica em se admitir que a competência do juiz do Recife foi alterada mesmo após a distribuição e despacho antecedentes.

Outra seria a solução se, tomando-se por base o mesmo exemplo supra, estivessem os dois juízes na mesma base territorial, na mesma comarca. Se as duas ações tivessem sido propostas no Recife o critério determinante da competência seria o despacho que recebesse a inicial mandando citar o réu. Nesse caso o fato “*citação válida*” seria irrelevante, pois se o processo onde ocorreu em primeiro lugar a citação válida não fosse o mesmo onde o juiz tivesse despachado em primeiro lugar, determinando a citação (seria apenas um despacho) não teria relevância a citação e sim o despacho. A este despacho que manda citar o réu, Sálvio Figueiredo denomina de *despacho positivo*.⁹⁶⁴ Conclui-se, enfim, que sobrevivendo lei nova a mesma pode dispor de forma distinta do prescrito no artigo 87, ou seja, criando novos juízos e estabelecendo que os feitos em andamento por outros órgãos jurisdicionais devam ser remetidos para a nova vara. Do contrário, deve-se manter a competência do juízo antecedente. Aliás, o próprio artigo 87 previu e admitiu a possibilidade de lei posterior

⁹⁶⁴ Neste exato sentido: Superior Tribunal de Justiça. RIP:00000977. Decisão: 06.03.1990. Processo:resp. num:0002099 ano:90 UF:PA turma:04. Recurso especial.Fonte: DJ. Data:02.04.1990 pg:02459. RSTJ vol.:00010 pg:00462. Ementa: “*Processo civil. Competência. Conexão. Exegese do art. 106, CPC. I - se as ações conexas tramitam em comarcas diferentes, aplica-se o art. 219 do Código de Processo Civil, que constitui a regra. Entretanto, se correm na mesma comarca, competente e o juiz que despacha em primeiro lugar (art. 106). II - pela expressão 'despachar em primeiro lugar' se deve entender o pronunciamento judicial positivo que determina a citação. Relator: Ministro Salvo de Figueiredo. Decisão: Por unanimidade, não conhecer do recurso*”.

suprimir o órgão judiciário ou alterar a competência em razão da matéria ou da hierarquia.⁹⁶⁵

4.2. Da prorrogação da competência: ausência de exceção de incompetência.

A competência absoluta não se prorroga, isto é, nenhum juiz poderá julgar uma causa se for absolutamente incompetente para ela. Ao passo que a competência relativa prorroga-se se a parte não opuser exceção de incompetência ao juiz relativamente incompetente. Pode-se exemplificar: se a parte autora propõe uma ação baseada em direito pessoal (artigo 94) no foro que não seja o do domicílio do réu, o que em princípio se constitui num erro, como já visto, para que o processo seja remetido para o juiz da comarca onde o réu tenha domicílio, e que seria o juiz competente para a causa, é preciso que ele (réu) oponha, no prazo de quinze dias a partir do momento em que tomar conhecimento desse fato, a defesa denominada de exceção de incompetência relativa. Se por acaso o réu não opuser exceção de incompetência relativa, aquele juiz, a princípio incompetente relativamente, terá sua competência prorrogada e tornar-se-á o competente para a causa, como está escrito no artigo 114: *prorroga-se a competência, se o réu não opuser exceção declinatória do foro e de juízo, no caso e prazo legais.*

Prorrogação da competência, pois, é o fenômeno processual pelo qual um juiz relativamente incompetente para a causa tornar-se-á competente, ante a inércia processual da parte ré em alegar a exceção de incompetência.⁹⁶⁶

⁹⁶⁵ Eis a conclusão de Martinez: “É de se ver, portanto, que ante a superveniência de lei nova, criando competência diferenciada ou determinando novas regras de competência, sua incidência é imediata, deslocando, se for o caso, a competência jurisdicional, que se modifica por imperativo da nova lei vigente, alcançando todas as ações, inclusive aquelas que já se encontravam maduras para julgamento (aptas à prolação de sentença, mas ainda não julgadas)”. DAL COL, Helder Martinez, op. cit.

⁹⁶⁶ Neste sentido vide o aresto abaixo do TACIVSP - Mg 384/1.352 – Ementa: “Competência - caráter relativo - exceção declinatória - ausência - prorrogação - ocorrência - exegese do artigo 114 do Código de Processo Civil. Tratando-se de suposta incompetência territorial relativa, deve ser deduzida através de exceção ritual, na forma e prazo legais (Código de Processo Civil, artigos 112 e 304 a 311, conjugados), sob pena de operar-se a prorrogação de competência, a teor do artigo 114 do estatuto processual civil. Ap. s/ rev. 413.357 - 7ª câm. - Rel. Juiz Antonio Marcato - J. 25.10.94”.

Mas, se se tratasse de um caso de competência absoluta, ainda que a parte ré não se opusesse contra o desenvolvimento da relação processual, embora tenha ela esse dever processual de alegar a incompetência absoluta na primeira oportunidade que tiver para falar nos autos, sob pena de ser condenada nas custas pelo retardamento, mesmo assim, esta relação processual não poderia desenvolver-se validamente. Se o réu quiser alegar a incompetência absoluta, não poderá utilizar-se do mesmo meio apto para se alegar a incompetência relativa. A incompetência relativa argüi-se por meio de exceção, como está escrito no artigo 112: *argüi-se, por meio de exceção, a incompetência relativa*. Já incompetência absoluta argüi-se por meio de preliminar de contestação (artigo 301), ou na primeira oportunidade que a parte prejudicada tenha para falar nos autos, em qualquer tempo e grau de jurisdição, e não depende da via da *exceção* basta uma simples petição *atravessada* alegando a incompetência absoluta, pois é dessa forma que dispõe o artigo 113: *a incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção*.

O artigo supra contém uma regra que merece relevo e atualização: a regra é a de que a incompetência absoluta pode ser declarada de ofício pelo juiz, isto é, sem que a parte o provoque; ao passo que, *a contrario sensu*, a incompetência relativa não pode ser declarada de ofício pelo juiz. Este entendimento já foi inclusive sumulado pelo STJ. Entretanto, a jurisprudência e a doutrina de ponta admitem que, em se tratando de relação consumerista, ou seja, relação jurídica sob a égide do direito do consumidor, ainda que se trate de caso de competência relativa, como ocorre com a maioria dos casos da competência em razão do território, o juiz pode declarar de ofício a sua incompetência para a causa. Como exemplo, que hoje lotam os foros cíveis comuns, pode-se invocar a distribuição de ações de busca e apreensão por descumprimento de contratos de alienação fiduciária em garantia, que elegem o foro da comarca onde possui sede a empresa financiadora para dirimir qualquer conflito em decorrência dos mesmos contratos. Pois bem, imagine-se que a parte ré (consumidor) tenha domicílio em Recife e a empresa financiadora tenha apostado no contrato, que é de adesão, uma cláusula elegendo o foro da comarca de São Paulo como sendo o competente para a causa e que, havendo inadimplência do devedor, a parte autora distribua a ação de busca e apreensão do bem objeto do contrato na comarca de São Paulo. Mesmo que a competência em razão do território seja do tipo relativa, ainda assim, o juiz

de direito daquela comarca poderá declinar, de ofício, da competência e determinar a remessa dos autos do processo para ser distribuído na comarca do Recife.⁹⁶⁷

Ainda em relação à incompetência absoluta: se a parte ré não alegar no prazo da contestação, ou na primeira oportunidade que tiver para falar nos autos irá responder pelas custas, repita-se. Outro aspecto é que depois de declarada a incompetência absoluta, os autos do processo deverão ser remetidos para o juízo competente, mas isso não significa que todos os atos processuais praticados no juízo incompetente, absolutamente, sejam nulos. Apenas os atos decisórios serão nulos, como está escrito no § 2º do artigo 113.

Algo que merece anotação é o fato de a *litispendência* não prorrogar competência de juiz algum. O conceito deste instituto está descrito no § 3º, do artigo 301 do CPC: *há litispendência, quando se repete ação, que está em curso*. A repetição de ação, lembre-se, exige a identidade de todos os seus elementos (partes, não sujeitos porque o juiz também é sujeito embora não seja parte; objeto e causa de pedir) e, em havendo repetição de ação idêntica com outra que ainda está em curso (porque se se tratasse de repetição de ação já trânta em julgado não haveria que se falar de litispendência, mas de *coisa julgada*), o que deve ocorrer é que: 1º- o advogado do réu deve argüir preliminar alertando o juiz da 2ª

⁹⁶⁷ Neste sentido, explica Theotonio Negrão que “O STJ tem considerado ineficaz a cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão: quando constitui um obstáculo à parte aderente, dificultando-lhe o comparecimento em juízo” (STJ -3ª turma, resp 41.540-3-RS, rel. Min. Costa Leite, J. 12.4.94, não conheceram, v.u., Dju 9.5.94, p. 10.870, 2ª col., Em.; Neste sentido: resp 26.788, citado em RSTJ 45/533, à p. 538, e STJ -4ª turma, resp 29.602-3-rs, rel. Min. Barros Monteiro, j. 14.12.92, negaram provimento, v.u., Dju 8.3.93, p. 3.124, 2ª col.. E ainda: “se é “abusiva, resultando especial dificuldade para a outra parte” (STJ -3ª turma, resp 40.988-8-rj, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU 9.5.94, p. 10.870, 1ª col., Em.); - se o outro contratante presumivelmente não pôde discutir cláusula microscopicamente impressa de eleição de foro (STJ -4ª turma, resp 34.186-7-rs, rel. Min. Athos Carneiro, j. 29.6.93, negaram provimento, v.u., DJU 2.8.93, p. 14.257, 1ª col., Em.). “A cláusula de eleição de foro inserida em contrato de adesão somente não prevalece se ‘abusiva’, o que se verifica quando constatado: a) que, no momento da celebração, a parte aderente não dispunha de inteligência suficiente para compreender o sentido e os efeitos da estipulação contratual; b) que da prevalência de tal estipulação resulta inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao judiciário; c) que se trata de contrato de obrigatória adesão, assim considerado o que tenha por objeto produto ou serviço fornecido com exclusividade por determinada empresa. Entendimento que se considera aplicável mesmo quando em causa relação de consumo regida pela lei 8.078/90” (RSTJ 62/446). Em se tratando de contrato de seguro: “é ineficaz a cláusula estipuladora do foro de eleição em contrato de adesão, a benefício da seguradora” (stj -2ª seção: rt 666/187, v.u.)”. NEGRÃO, Theotonio, op. cit. comentários ao artigo 113.

causa sobre a existência de ação idêntica já distribuída anteriormente (artigo 301), salvo se se tratar de hipótese de jurisdição internacional concorrente (artigo 90); 2º - a segunda ação deverá ser extinta sem julgamento do mérito (artigo 267, V), isto é, deve ser extinta a demanda na qual a citação válida ocorreu em segundo lugar (artigo 219).

Mas e se o autor de uma ação a repetisse em dois juízos situados no mesmo foro, qual seria o preventivo? Qual o juiz que deveria extinguir o seu processo sem julgamento do mérito e qual o que deveria julgar o mérito. Por exemplo: se João propôs ação de despejo contra José e foi distribuída para a 1ª vara cível da comarca do Recife, em 20/05/02. Em seguida, João ajuíza novamente aquela ação de despejo contra José, e, desta vez ela veio ser distribuída para a 2ª vara cível da comarca do Recife, em 23/05/02. Considere-se que como os juízes estão sobre a mesma base territorial, poder-se-ia pensar que o juiz competente para julgamento da causa fosse aquele que despachou em primeiro lugar. Isto não é verdade, todavia. Apesar de o artigo 106, determinar que quando os juízes estejam na mesma base territorial preventivo é aquele que despachar em primeiro lugar, este artigo só se refere, e só tem aplicação, para o caso de ações “conexas” e de hipóteses de continência, aliás, para que esta ocorra aquela necessariamente verifica-se anteriormente. Mas se se trata de repetição de todos os elementos da ação, isso implica em “litispendência”, e não em conexão ou continência, não obstante a causa e o objeto serem idênticos. Então, se se trata de litispendência, não importa que os juízes estejam, ou não, sobre a mesma base territorial. No caso da litispendência, competente será o juiz do processo no qual ocorrer em primeiro lugar a citação válida. Logo, voltando para o exemplo supra, mesmo que o juiz da 1ª vara despachasse em primeiro lugar, mandando citar o réu, ele só seria considerado preventivo se também, no processo que tramita pelo seu juízo, tivesse ocorrido a citação válida. Se por acaso a citação válida viesse a ocorrer no processo distribuído para a 2ª vara, seria este o juízo preventivo ainda que no outro tivesse ocorrido, primeiramente, a distribuição e o despacho positivo, ante a regra do artigo 219.

A conexão não se confunde com a litispendência e os efeitos de uma e outra também são diferentes. A conexão ocorre quando entre duas ou mais ações houver identidade de objeto OU causa, não exigindo a conexão subjetiva (identidade de partes): não se trata de caso de repetição de ações. A litispendência exige identidade de todos os elementos da ação (partes, objeto e causa): trata-se de repetição de ações ainda em curso.

Ambos os institutos devem ser argüídos: 1º- na contestação em preliminar (artigo 301); 2º- ou na primeira oportunidade em que a parte interessada tiver para falar nos autos, sob pena de responder pelas custas de retardamento. Estas duas matérias podem ser conhecidas, de ofício, pelo juiz. Porém, os efeitos da conexão traduzem-se no apensamento dos autos para julgamento simultâneo das ações (105), ao passo que a litispendência é causa extintiva do processo repetido sem julgamento (267).⁹⁶⁸

Outro detalhe digno de atenção refere-se ao fato de o artigo 113, em sua parte final, dizer que a incompetência absoluta pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, *independentemente de exceção*. Pode parecer que a lei processual não tenha vedado a alegação da incompetência absoluta pela via da exceção, mas apenas tenha mitigado o rigor da preclusão que existe na incompetência relativa e inexistente na absoluta.⁹⁶⁹ Entretanto, o estudo comparado de alguns dispositivos do código de processo civil demonstra que a exceção é meio próprio de ser argüir a incompetência relativa (artigo 112), não a absoluta. Isto fica mais claro ainda quando o artigo 114 diz que a competência prorroga-se, se o réu não opuser exceção declinatória do foro e de juízo. É claro que o 114 falou da competência relativa, pois que a absoluta é improrrogável, exigindo mais uma vez a exceção. Já o § 1º do artigo 113, quando dispôs que a incompetência absoluta deve ser deduzida *no prazo da contestação*,⁹⁷⁰ deu a entender que tal alegação não precisa, necessariamente, vir na contestação, mas, apenas, que deve ocorrer durante a fluência de

⁹⁶⁸ Jurisprudência sobre o tema: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apc - apelação cível. Número: 0018915 ano: 88 UF:DF - Distrito Federal. Reg.int.proces.: 46.630 Apc0018915. Decisão: 16.11.88 órgão julg.: 62 - segunda turma cível. Relator: Desembargador José Jeronymo Bezerra de Souza. Relator desig: 019 - Desembargador Luiz Vicente Cernicchiaro. Ementa: “*Ocorre litispendência quando há identidade de partes, causa-de-pedir e pedido. Uma ação repete outra. São idênticas. A identidade, porém, é aferida juridicamente. Não se considera o plano físico. Assim, não coincidem as partes, se numa ação a mulher é autora, e, na outra, o marido. A posição processual por isso, é diferente, repercutindo nas demais condições da ação. As causas-de-pedir divergem profundamente se a mulher imputa ao marido fato que autoriza a separação do casal, e, em sua ação, o esposo atribui ao consorte comportamento que caracteriza sua inocência e ilegalidade da conduta da consorte. Conexão - verifica-se conexão quando for comum o objeto ou a causa-de-pedir de duas ações. Demandas distintas, embora unidas por ponto comum. São semelhantes. Decisão: Dar provimento, por maioria, vencido o relator. Designado para o acórdão o revisor*”. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apc - apelação cível. Número: 0011966 ano: 84 UF:DF - Distrito Federal. Reg.int.proces.: 30.227 apc0011966. Decisão: 09.05.84 órgão julg.: 62 - segunda turma cível. Relator: Desembargador Luiz Cláudio Abreu. Publicação: DJDF. Data: 11.06.84. Pág.: 9.438. Ementa: “*Ações de divórcio propostas por ambos os cônjuges, mas com causa petendi diversa. Caso de conexão e não de litispendência. Decisão: Conhecer o recurso e dar-lhe provimento, nos termos das notas taquigráficas. Decisão unânime*”.

⁹⁶⁹ “*Não se precisa do formalismo processual da exceção*”. MIRANDA, Pontes de, op. cit. p. 327.

⁹⁷⁰ ... ou na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos.

seu prazo. A melhor técnica indica que a alegação da incompetência absoluta, quando manejada no prazo da contestação, deve constar de preliminar de contestação (artigo 301), mas mesmo que seja argüida pela via da exceção ou por simples petição, o efeito prático não será diferente, posto que, sendo procedente a alegação, como o juiz tem o dever de conhecer de ofício da incompetência absoluta, bem como em face do princípio da instrumentalidade das formas, deve remeter os autos para o juiz competente. O juiz que se defrontar com uma exceção de incompetência absoluta pode até indeferir o requerimento em razão da impropriedade da via eleita, todavia, deve remeter, mesmo que desconsidere o pleito, os autos para o juízo competente.⁹⁷¹

4.3. Da conexão e da continência: necessidade de coincidência entre causa próxima e remota, e entre pedido mediato e imediato?

Como causas modificadoras da competência estes institutos baseiam-se no princípio da economia processual, porque permitem que duas ou mais causas sejam processadas e julgadas simultaneamente economizando-se tempo e dinheiro, bem como, e esta é a sua maior razão de ser, para se evitar decisões judiciais conflitantes. A doutrina é dividida sobre o aspecto de estes institutos constituírem-se, ou não, em causa de modificação da competência.

A conexão está prevista no artigo 103, e exige como pressuposto que as ações tenham a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto: *reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir*. O grifo da conjunção OU está a indicar que para haver conexão não é necessário que haja coincidência entre causa de pedir E, também, objeto, mas basta que seja comum a causa OU o objeto. A conexão não exige identidade de partes (conexão subjetiva), se fulano tem uma causa cujo objeto é idêntico a de beltrano, isso, por si só, é suficiente para gerar a conexão. É requisito para a ocorrência da reunião dos processos conexos que as causas ainda estejam em tramitação no mesmo grau de jurisdição. Se uma delas já estiver julgada por sentença transitada em

⁹⁷¹ Afirmando que é dever do juiz conhecer de ofício da incompetência absoluta, veja-se: MIRANDA, Pontes de, op. cit. p. 327; e BARBI, Celso Agrícola, op. cit. p. 297.

julgado ou em grau de recurso não poderá haver a conexão, consoante entendimento pretoriano sedimentado.⁹⁷²

A conexão constitui-se no mais poderoso argumento para a existência do fenômeno do litisconsórcio facultativo. Relembre-se que litisconsórcio facultativo é a possibilidade de duas ou mais pessoas litigarem, se quiserem, no mesmo polo da relação jurídica processual contra a mesma parte. O seu fundamento maior está em que as causas, que cada litigante possui individualmente falando, tenham o mesmo objeto mediato ou a mesma causa de pedir. Também será a conexão o fator de fundamento da *reconvenção*. A reconvenção é considerada pelo artigo 297 como meio de defesa, mas, a bem da verdade, trata-se de uma ação proposta pelo réu contra o autor, nos mesmos autos. Vejamos a letra do artigo 315: *o réu pode reconvir ao autor no mesmo processo, toda vez que a reconvenção seja conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa*. Ou seja, para que haja reconvenção é mister que a causa que o réu-reconvinte irá propor contra o autor-reconvindo, no mesmo processo no qual fora acionado, tenha identidade com a causa ou com o objeto da ação proposta. Deve a reconvenção ser oferecida no mesmo prazo da contestação, só que em peças autônomas (artigo 299).

Os requisitos legais para a existência da conexão são: a causa de pedir ou o objeto. Em relação à causa de pedir devemos lembrar que ela se subdivide em próxima e remota. Causa remota é o fato que dá origem ao direito material envolvendo as partes. Causa próxima é o fato que proporciona o exercício do direito de ação. O TJES entende que para haver conexão é necessário identidade entre estas duas espécies de causas.⁹⁷³ *Data maxima*

⁹⁷² Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apc - apelação cível. Número: 0023629 ano: 90 UF:DF -00008107 UF_desc. Distrito Federal. Reg.int.proces.: 63.492. Apc0023629. Decisão: 11.03.93 órgão julg.: 61 - primeira turma cível. Relator: Desembargador Edmundo Minervino. Publicação: DJDF data: 12.05.93 pág.: 17.430 - Ementa: “*Locação comercial. Ação consignatória dos aluguéis. 1. Inocorrência de conexão com causa anteriormente deduzida, eis que aquela demanda já se encontra julgada, inclusive em segundo grau de jurisdição. 2. Sem que se justifique a produção de outras provas, não há porque se realizar a reclamada audiência de instrução e julgamento. 3. Ao consignado, não basta alegar ser a oferta insuficiente, mas também indicar qual o valor certo da obrigação. Rejeitadas as preliminares de conexão e cerceamento de defesa. No mérito, negou-se provimento ao recurso. Unanimemente. Decisão: Conhecer. Rejeitar as preliminares. Improver. Unânime*”.

⁹⁷³ Processo: 035969001342. Data: 240996. Des. Lúcio Vasconcellos de Oliveira. Agravo de instrumento. Origem: Comarca da Capital - Juízo de Vila Velha. Ementa: “*Agravo de instrumento - ajuizamento de duas medidas cautelares com pedido de liminar e a seu tempo deferidas - liminares posteriormente revogadas - caracterização da conexão dos dois recursos - acolhida preliminar de existência de conexão. Para que fique caracterizado a conexão existente entre duas ações ou recursos como e o*

venia, entendemos que para haver conexão é suficiente, apenas, a identidade da causa de pedir remota. Recorrendo ao exemplo da locação: se o locador ingressa com ação de despejo por falta de pagamento contra o locatário e este aciona aquele através de uma ação de consignação em pagamento, o entendimento pretoriano é unânime em afirmar que estas ações são conexas, como de fato são. E, não obstante isto, verificaremos que idêntica será apenas a causa de pedir remota (contrato de locação porque é o vínculo que une as duas partes no direito material). Note-se que a causa de pedir próxima, em cada ação, é diferente: numa será a falta de pagamento (ação de despejo); noutra será a recusa em receber os alugueres devidos (consignação). O TJDF entende ser suficiente apenas a causa remota, o que parece mais adequado.⁹⁷⁴

Em relação à necessidade de coincidência entre os pedidos, o artigo 103 apenas mencionou: identidade de objeto. Ora, o objeto é o pedido do processo, refere-se à pretensão de direito material – pedido mediato -, e não à providência a ser determinada na sentença através da qual se efetivará aquele. Para que haja conexão de causas não se exige a coincidência entre pedidos imediato e mediato, sendo bastante a identidade de pedidos

caso em tela, necessário que a causa de pedir próxima seja idêntica a da outra ação e também a causa de pedir remota. Ao percuente exame dos autos caracterizado esta a conexão existente entre os recursos interpostos. Vistos, relatados e discutidos os autos do agravo de instrumento numero 035969001342, Comarca da Capital (Juízo de Vila Velha), onde são agravantes Luiz Nogueira Neto e outros e agravado Decio Luiz Schlosser.

⁹⁷⁴ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agi - agravo de instrumento. Número: 0001579 ano: 86 UF:DF - Distrito Federal. Reg.int.proces.: 37.821. Agi0001579. Decisão: 23.06.86 órgão julg.: 61 - primeira turma cível. Relator: Desembargador Irajá Pimentel. Publicação: DJDF. Data: 23.10.86. Pág.: 20.277. Ementa: “Processual civil- conexão. Se ajuizada ação de despejo e o locatário do imóvel, alegando direito de preferência para sua compra, intenta ação ordinária de anulação de escritura de compra e venda e de adjudicação compulsória, necessária se faz a reunião dos pleitos em face da conexão. **Isso por que a causa remota de pedir em ambas as ações propostas é o contrato de locação.** Os aluguéis devem ser pagos pela forma estipulada no contrato. Havendo escusa em recebê-los, aí caberá a propositura da ação consignatória para o depósito judicial. Deu-se provimento ao agravo, à unanimidade. Decisão: Em dar provimento ao recurso. Decisão unânime”. Grifamos. No mesmo sentido: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apc - apelação cível. Número: 0012714 ano: 84 UF:DF - Distrito Federal. Reg.int.proces.: 34.986 apc0012714. Decisão: 21.08.85 órgão julg.: 62 - segunda turma cível. Relator: Desembargador Manoel Coelho. Publicação: DJDF. Data: 10.12.85. Pág.: 22.882. Ementa: “Impedimento por justa causa. Conexão. Alteração da competência. Não basta como escusa de justa causa, o impedimento pessoal da parte que, empreendendo urgente viagem, perdeu o prazo da resposta. Deverá ainda demonstrar que não pôde agir oportunamente em sua defesa, através de mandatário. **São conexas pela causa remota de pedir,** as ações de resolução e de consignação em pagamento, pelo que deverão ser reunidos os respectivos processos no juízo prevento para ser julgadas simultaneamente. Anula-se para tanto a sentença proferida pelo juiz que, por força da conexão e da prevenção, perdera sua competência. Decisão: Dar provimento, nos termos das notas taquigráficas. Unânime”. Grifamos.

mediatos. Por outro lado, a identidade de pedidos imediatos não justifica, por si só, a conexão.

Diferente da conexão é a continência, cujo conceito vem descrito no artigo 104: *dá-se a continência entre duas ou mais ações sempre que há identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras*. O que a distingue da conexão é o fato de exigir: 1º- a conexão subjetiva (identidade de partes), o que a conexão do 103 dispensa; 2º- é necessário que o objeto de uma das ações seja mais amplo de forma a envolver o da outra; 3º- é ainda preciso verificar-se um fator cronológico pelo qual a demanda de objeto menor deve ser ajuizada anteriormente, pois do contrário o que ocorreria seria a litispendência.⁹⁷⁵ No sistema brasileiro a continência constitui-se num instituto sem importância prática porque, para se configurar já terá havido, necessariamente, conexão pela causa de pedir ou pelo objeto, portanto, o efeito dela decorrente já se efetivaria, como de fato se efetiva, pela conexão. É que os efeitos de ambos os institutos são idênticos e estão disciplinados no artigo 105: *havendo conexão ou continência, o juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pode ordenar a reunião de ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente*. O STJ espousa entendimento no sentido de que esta reunião, consistente no efeito resultante da conexão e da continência, é faculdade do juiz.⁹⁷⁶

4.4. Da prevenção. Distinção com a prorrogação da competência.

⁹⁷⁵ DAL COL, Helder Martinez, op. cit.

⁹⁷⁶ Superior Tribunal de Justiça. Rip:00020930. Decisão:17.05.1993. Processo:resp. Num:0015540 ano:91 UF:SP. turma:01. Recurso especial. Fonte: DJ: data:28.06.1993 pg:12857. Ementa: “A decisão que determina a reunião de processos conexos, traduz faculdade do juiz, ditada pela conveniência. não opera preclusão.por isto, sua reforma não agride a vedação contida no art. 471 do CPC. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Decisão: por unanimidade, negar provimento ao recurso. veja: resp 2302, resp 5522, resp 8489, resp 27322”. Grifamos.

No mesmo sentido: TARS: recurso agi. Número: 194008678. Data: 19940224. Órgão: quinta câmara cível. Relator: Silvestre Jasson Ayres Torres. Origem : Camaqua. Ementa: “Agravado de instrumento. Execução de cédula rural pignoratícia. Ações direcionadas ao exequente e a união federal na justiça federal-RS. Conexão em razão do objeto e das partes. Competência de natureza absoluta da justiça estadual. Princípio da improrrogabilidade. Suspensão da execução. Cautela do art. 265, inc.iv, letra a, do CPC. E improrrogável a competência de natureza absoluta. A conexão prevista no art.105 do CPC não significa obrigação do juiz em determinar a reunião das ações. E uma faculdade. Havendo pendência da declaratória na Justiça Federal, ensejada a cautela do art.265, letra a, do CPC, para evitar decisão contraditória, pois aquela poderá influir nesta da Justiça Estadual. Suspensão da execução deferida. Agravado provido. Decisão: Dado provimento. Unânime”.

Competência de foro e de juízo.

Não se deve confundir prevenção com prorrogação de competência. Prevenção significa prevenir a competência de um juiz competente, dentre vários outros igualmente competentes. Ao passo que a prorrogação de competência exige que o juiz que irá processar e julgar a causa tenha sido, a princípio, incompetente, relativamente, e somente tenha tornado-se competente porque a parte interessada não manipulou exceção de incompetência. Esclarecido isso, devemos observar que apesar de o artigo 87 (perpetuação da jurisdição) dizer que se determina a competência no momento em que a ação é proposta, e, ainda, que apesar de o artigo 263 dizer que se considera proposta a ação tanto que a petição inicial seja distribuída (comarca com mais de uma vara) ou despachada (comarca de vara única), isso não significa que a distribuição seja critério determinante da prevenção.⁹⁷⁷

O CPC contém três artigos que dispõem sobre o ato determinante da prevenção do juiz competente, dentre outros igualmente competentes. Aliás, dois destes artigos (o 106 e o 219) estão, como já frisamos, em franca contradição, o que obrigou a doutrina e a jurisprudência a harmonizá-los pelo uso da hermenêutica. O artigo 106, diz: *correndo em separado ações conexas perante juízes que têm a mesma competência territorial, considera-se prevento aquele que despachou em primeiro lugar*; e o artigo 219: *a citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição*. Como se observa, pelo artigo 106 o ato determinante a prevenção será o despacho do juiz; pelo 219 será a citação válida. Como conciliá-los? A propósito, passou-se a entender que:

01- o artigo 106 trata de uma hipótese que passou a ser denominada de competência de *juízo*, isto porque regula caso no qual os juízes igualmente competentes têm a mesma competência territorial, ou seja, têm sua jurisdição aderida ao mesmo foro. Seria o exemplo da 1ª e 2ª varas cíveis da comarca do Recife, ambas estão localizadas no foro da comarca do Recife, logo têm a mesma competência territorial. Neste caso, prevento será o juiz que despachar uma das ações conexas em primeiro lugar. Mas o ato de despachar, para

⁹⁷⁷ Apenas em matéria recursal os tribunais admitem que a distribuição previna a competência do órgão julgador.

gerar a prevenção, tem de se constituir no que se denomina de despacho positivo, ou seja, o que manda citar o réu, e não qualquer despacho, de acordo com o entendimento do STJ.⁹⁷⁸

02- o artigo 219 trata de uma hipótese que passou a ser denominada de competência de *foro*, isto porque regula caso no qual os juízes igualmente competentes não têm a mesma competência territorial, ou seja, têm sua jurisdição aderida a foros distintos, p. ex: o juiz da 1ª vara cível da comarca de Olinda e o juiz da 1ª vara cível da comarca do Recife. Neste caso, preventivo será o juiz do processo no qual em primeiro lugar ocorreu a citação válida.

Dissemos acima que o código de processo civil contém três artigos que disciplinam a prevenção, esta assertiva nossa decorre da alteração perpetrada pela lei 10.358/01, no artigo 253 do CPC, que passou a ter a seguinte redação: *distribuir-se-ão por dependência as causas de qualquer natureza: I - quando se relacionarem, por conexão ou continência, com outra já ajuizada; II - quando, tendo havido desistência, o pedido for reiterado, mesmo que em litisconsórcio com outros autores*. É exatamente sobre a redação do inciso II que afirmamos existir uma nova modalidade de prevenção no processo civil brasileiro, pois antes da vigência desta lei era comum a parte autora, depois de ver um pleito seu de concessão de liminar indeferido, desistir da ação pedindo a extinção do processo, com base no princípio da livre disposição da demanda (267, § 4º). Em seguida fazia-se uma nova distribuição a fim de que o feito fosse distribuído para outro juiz, na esperança de que este concedesse uma liminar antes negada. Esta manobra, que afrontava o princípio do juiz natural, foi agora fulminada – basta que os sistemas de informatização da distribuição aleatória sejam programados para evitá-la -, com a determinação de que a ação deve ser, em caso de repetição, distribuída para o mesmo juízo que dela anteriormente conhecera. Como este juiz é competente para a causa, dentre outros igualmente competentes, falamos que ele é *prevento* para (re)conhecer da ação (re)distribuída, mesmo que agora surjam litisconsortes inexistentes na demanda anterior.

⁹⁷⁸ Superior Tribunal de Justiça. Rip:00000977. Decisão:06.03.1990. Processo:resp. Num:0002099 ano:90 UF:PA. turma:04. Recurso especial. Fonte: DJ data:02.04.1990 pg:02459. RSTJ. Vol.:00010. Pg:00462. Ementa: “*Processo civil. Competência. Conexão. Exegese do art. 106, cpc. I - se as ações conexas tramitam em comarcas diferentes, aplica-se o art. 219 do Código de Processo Civil, que constitui a regra. Entretanto, se correm na mesma comarca, competente e o juiz que despacha em primeiro lugar (art. 106). II - pela expressão 'despachar em primeiro lugar' se deve entender o pronunciamento judicial positivo que determina a citação. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo. Decisão: Por unanimidade, não conhecer do recurso*”.

4.5. Prevenção pela distribuição no segundo grau de jurisdição: os limites da competência legislativa dos tribunais.

Em se tratando de prevenção sobre matéria recursal, nada obstante o STJ entender que a distribuição é ato pré-processual, impugnável inclusive através do mandado de segurança,⁹⁷⁹ a competência de suas turmas, que foi alterada pela emenda regimental nº 02/92, determina-se pela distribuição e não pelo despacho do ministro relator.⁹⁸⁰ A determinação da prevenção pela distribuição representa eleição de critério distinto dos adotados pelo CPC, embora seja prática comum em nossos tribunais que os regimentos internos disponham sobre esta matéria. Parece-nos que o problema deve ser posto questionando-se a constitucionalidade do artigo 91, que diz: *regem a competência em razão do valor e da matéria as normas de organização judiciária, ressalvados os casos expressos neste Código*. Devemos contrapor este artigo do CPC com o artigo 22 da Constituição Federal, segundo o qual compete privativamente à União legislar sobre: *I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho*. É certo que a lei complementar prevista no parágrafo único deste artigo, que pode autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias nele relacionadas, não existe.

Por outro lado, a própria Constituição Federal, no artigo 96, atribuiu competência privativa aos tribunais para *elaborar os seus regimentos internos, com observância das*

⁹⁷⁹ Superior Tribunal de Justiça. Rip:00001797. Decisão:24.04.1990. Processo:roms num:0000304 ano:90 UF:MA turma:03. Recurso ordinário em Mandado de Segurança. Fonte: DJ data:28.05.1990. Pg:04730. Ementa: “*Distribuição. Impugnação pelo Mandado de Segurança. Sendo a distribuição dos feitos mero ato pré-processual, de disciplina interna do juízo ou tribunal, pode ser impugnada através do mandado de segurança, prescindindo-se do recurso prévio tal como exigido nas impetrações contra ato judicial agravável. Recurso desprovido. Relator: Ministro Gueiros Leite. Decisão: Por unanimidade, negar provimento ao recurso*”.

⁹⁸⁰ Superior Tribunal de Justiça. Rip:00026027. Decisão: 11.11.1993. Processo:CC num:0006047 ano:93 UF:RJ turma:CE. Conflito de competência. Fonte: DJ: data:21.02.1994 pg:02070. Ementa: “*Conflito de competência entre turmas de seções diversas. - Interpretação de normas internas de prevenção em face da emenda regimental n. 2.92. - Na aplicação da citada emenda, a competência para o recurso especial determina-se no momento da distribuição, posta de lado a regra do art. 71, parag. 3., do regimento interno. - Conflito conhecido e declarada a competência da sexta turma. Relator: Ministro Antonio Torreão Braz. Decisão: Por maioria, conhecer do conflito e declarar competente a 6a. Turma. Veja: resp 28189-RJ, CC 3913-RS, (STJ)*”. Grifamos.

normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos (inciso I, a). Ora, para harmonizar este dispositivo com o artigo 22 é necessário interpretá-lo no sentido de que a alínea “a” do inciso I do artigo 96 restringe-se à organização interna dos tribunais, observando-se sempre as normas de processo previstas, obviamente, pelo código de processo civil. Pelo visto, o artigo 91 do CPC harmoniza-se com o artigo 96 da Constituição.

Ainda assim, resta o problema do limite ao qual os tribunais devem obedecer, quando tratarem do tema da competência. Competência é matéria nitidamente processual e os tribunais somente podem dispor naquilo que não confronte com o código de processo civil, pois do contrário correríamos o risco de voltarmos a ter em cada Estado-membro da Federação um processo civil distinto, e não foi esse o sentido da norma constitucional.

Estabelecida esta premissa, é certo que o CPC não elegeu a distribuição como critério determinante da prevenção, pois no primeiro grau esta apenas se verifica: 01- pelo despacho positivo (artigo 106); 02- pela citação válida (artigo 219); 03- pela extinção da ação em havendo futura distribuição (artigo 253). Não há que se falar de distribuição como critério determinante da prevenção, pois a *redistribuição* obrigatória do artigo 253 tem como causa a extinção do feito, mas que não vem ao caso. É sabido que o Supremo Tribunal Federal perdeu a prerrogativa que lhe conferia a emenda nº 01/69 para criar óbices regimentais ao recurso extraordinário, em razão de a Carta de 1988 não haver conferido tal privilégio. Mas, bem recentemente a lei nº 10.259/01, que instituiu os juizados federais, atribuiu competência aos Tribunais Regionais Federais, ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, para expedir normas regulamentando a composição dos órgãos e os procedimentos a serem adotados para: o processamento e o julgamento do pedido de uniformização de jurisprudência; e do recurso extraordinário (artigo 14, § 10). E o artigo 15 estabeleceu que o recurso extraordinário, para os efeitos desta Lei, deve ser processado e julgado em conformidade com disposto no artigo 14 e nas normas do Regimento.

Quando os tribunais ‘legislam’ sobre matéria processual submetem-se às regras – aos limites - do código de processo, tratando-se, portanto, de espécie de competência residual. No caso, a prevenção pela distribuição não consiste em afronta ao código de

processo civil, apesar de consistir em critério não eleito para o primeiro grau. A legalidade da escolha do critério da distribuição para prevenir competência dos processos remetidos ao tribunal decorre do permissivo previsto no artigo 548 do CPC, o qual determina que deve ser procedida (a distribuição) de acordo com o regimento interno de cada tribunal, observando-se os princípios da publicidade, da alternatividade e do sorteio.⁹⁸¹ Além disso, a prerrogativa dos tribunais para dispor sobre competência de suas Câmaras ou Turmas isoladas, Grupos, Seções ou outros órgãos com funções jurisdicionais ou administrativas, vem ainda admitida no inciso III do artigo 21 da LOMAN.

4.6. Suspeição, impedimento e prevenção do órgão fracionário julgador nos tribunais.

Nos termos do artigo 101 da LOMAN, os tribunais de justiça são compostos Câmaras ou Turmas, especializadas ou agrupadas em Seções especializadas, competindo aos próprios tribunais dispor, pelo seu regimento interno, sobre a composição e competência das Câmaras ou Turmas, respeitando-se as disposições legais por ventura existentes. E a prevenção dos órgãos fracionários de cada tribunal firma-se pela distribuição do recurso ou das ações de sua competência originária.

Assim, havendo impedimento ou suspeição de membro componente do órgão fracionário (colegiado) dos

⁹⁸¹ Comentando este dispositivo do CPC, Nelson Nery Júnior e Rosa Nery registram que: “A distribuição é fenômeno anterior e decisivo para a prevenção do juízo e, por conseguinte, interfere na fixação da competência do órgão julgador”. NERY JÚNIOR e NERY, Rosa, op. cit. p. 796.

tribunais não deve o feito ser redistribuído para outro órgão, mas apenas deve passar para o substituto legal do desembargador ou juiz impedido ou suspeito no âmbito do mesmo órgão.⁹⁸² No caso específico do Tribunal de Justiça de Pernambuco, este entendimento é reforçado pela interpretação analógica que se extrai do artigo 67–A do Regimento Interno. Esta regra diz que nos casos de vacância no cargo de desembargador, os processos deixados em cada órgão julgador serão distribuídos na seguinte forma: 50% dos feitos distribuídos no ano anterior para cada desembargador serão redistribuídos ao desembargador que vier a ocupar a vaga *no órgão fracionário*; e os processos restantes serão distribuídos, igualmente, “*entre os demais membros do órgão fracionário*”. Como se observa, a redistribuição, depois de firmada a prevenção, não extrapola o âmbito do órgão fracionário.

Depois, o § 3º do artigo 70 do RISTJ dispõe que: *em caso de impedimento do relator, será feito novo sorteio, compensando-se a distribuição*. Mas o artigo seguinte

⁹⁸² Ao tratar do problema do deslocamento, ou não, do juízo nas hipóteses de suspeição, Humberto Theodoro Júnior esclarece: “Assim, quando o juiz é afastado do processo por motivo de impedimento ou suspeição, o processo não se desloca do juízo (foro, vara, tribunal, etc..). Apenas o julgador dentro do mesmo órgão, é que é substituído”. Grifei. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol. I. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 386.

clarifica que tal não ultrapassa os limites do órgão jurisdicional já prevento, como consta do § 1º do artigo 71, vejamos: *se o relator deixar o Tribunal ou transferir-se de Seção, a prevenção será do órgão julgador*. Mais claro ainda é o regimento interno do Tribunal de Justiça do Paraná, cujo artigo 55, § 1º, esclarece que o órgão que conhecer da causa ou de algum de seus incidentes estará prevento para todos os recursos e incidentes posteriores, inclusive quando houver relação de conexão ou continência com aquele anteriormente distribuído, o mesmo ocorrendo com a reiteração de ações originárias, como mandados de segurança, *habeas corpus*, rescisórias e cautelares. Quando Pontes de Miranda tece comentários a respeito do juízo competente que remanesce, após a declaração de suspeição, deixa bem claro que os autos, apenas, devem ser *remetidos* para o substituto legal sem alteração da competência do juízo anterior.⁹⁸³ Dessa forma, a interpretação que oferece melhor adequação ao princípio da razoabilidade e ao da prevenção, em subsunção à doutrina acima exposta, e ainda ao artigo 548 do CPC e às normas regimentais, é no sentido de que, uma vez declarada

⁹⁸³ Tanto que a natureza do despacho no qual o juiz declara-se suspeito é, segundo Pontes: “... de constitutividade negativa, de mandamentalidade e declarativa: declara e, por conseguinte, desconstitui a ligação do juiz à relação jurídica processual, como órgão do Estado, que é, tendo poder, o próprio juiz, que até então funcionara, para ordenar que se remetam os autos ao substituto legal”. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*, Tomo II, p. 432-36.

suspeição de um membro do tribunal, os autos devem ser sim remetidos para o substituto legal.

5. A competência e o problema da ação acessória.

O artigo 108 do CPC determina que: *a ação acessória será proposta perante o juiz competente para a ação principal*. Por ação acessória deve-se entender aquelas demandas que sempre dependem da ação principal. O conceito de acessoriedade passa pela necessidade de existência de uma relação entre duas ações, de tal sorte que uma delas será considerada principal porque atine de forma mais importante ao objetivo do autor, ao passo que outra (s), pelo fato de se ligarem àquela para complementá-la, são consideradas como acessórias. A natureza do vínculo que une essas ações pode estar localizada no sítio do direito material, ou no do direito processual. Exemplo de acessoriedade vinculada ao direito material é o da ação destinada a cobrar o principal (ação principal) e da ação destinada a cobrar juros ou perdas e danos. Neste caso haverá conexão por dependência do mesmo título. Exemplo de acessoriedade vinculada ao direito processual é o da ação do perito para cobrar honorários pelos serviços que prestou num determinado processo. Neste caso a conexão decorre exclusivamente da acessoriedade.⁹⁸⁴

De uma maneira geral os processos tipicamente – verdadeiramente - cautelares serão sempre acessórios e dependentes do processo principal, como está escrito no 796: *o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente*. Qualquer ação cautelar que não seja dependente de uma outra principal é considerada com ação cautelar satisfativa, ou seja, na verdade não se trata de processo cautelar.

A regra do artigo 108, entretanto, comporta exceções, pois não terá aplicação quando a competência para processar e julgar a ação acessória pertença a uma outra autoridade judiciária de forma absoluta. Barbi dá-nos o exemplo da ação para cobrança de

⁹⁸⁴ BARBI, Celso Agrícola. op. cit. p. 288-9.

taxa judiciária não recolhida num processo que tramitou por uma vara cível. Esta ação deverá ser proposta num juízo especializado das varas da Fazenda Pública. A competência não será da vara cível, embora se trate de ação acessória.⁹⁸⁵ Ainda em relação à competência atrativa do juízo da causa principal, o artigo 109 do CPC impõe que o juiz da causa principal será *também competente para a reconvenção, a ação declaratória incidente, as ações de garantia e outras que respeitam ao terceiro interveniente*. Reconvenção é meio de contra-ataque formulado nos mesmos autos, é ação do réu contra o autor no mesmo processo. Por isso existe esta regra outorgando competência ao juiz da causa principal para conhecê-la, baseando-se numa dupla fundamentação: economia processual; e evitar decisões judiciais conflitantes. Somente pelo teor do artigo 315 conclui-se que a reconvenção deve ser autuada no mesmo processo. E se a reconvenção deve ser proposta no mesmo processo é evidente que o juiz da causa principal já seria, necessariamente, o competente para a reconvenção que é ação secundária por motivo processual. Nunca é demais recordar que o réu não pode, em seu próprio nome, reconvir ao autor quando este demandar como substituto processual.

A ação declaratória incidente a que se refere o artigo 109 é aquela prevista pelo artigo 325 c/c o artigo 5º ambos do CPC, ou seja, quando no curso do processo a relação jurídica de que depende o julgamento da lide se tornar litigiosa, ou quando o réu contestar o direito que constitui o fundamento do pedido do autor. Esta ação declaratória é considerada acessória e será distribuída por dependência aos autos da ação principal, cujo juiz será o competente para processar e julgar ambas. Mas é preciso que o juiz da causa principal seja competente em razão da matéria porque o julgamento da ação declaratória incidente consiste em resolução de questão prejudicial, logo, em face do artigo 470, o ser o juiz competente em razão da matéria debatida em ambas as ações constitui-se pressuposto processual indispensável para o válido julgamento da lide.

Diz ainda o artigo 109 que o juiz da causa principal é também competente para as ações de garantia e outras respeitantes ao terceiro interveniente. Das várias modalidades de intervenção de terceiros previstas no CPC, apenas a oposição, a denunciação da lide e os embargos de terceiros têm caráter de ação. A oposição, na verdade, envolve duas ações que devem ser propostas simultaneamente, numa mesma petição, contra autor e réu, até ser

⁹⁸⁵ Ibidem.

proferida sentença, sempre que o terceiro pretender, no todo ou em parte, a coisa ou o direito sobre que controvertem autor e réu (artigo 56). A denunciação da lide também tem natureza da ação. Trata-se de ação regressiva indenizatória proposta no mesmo processo contra o terceiro, com a finalidade de garantir eventual derrota da parte denunciante. Está regulada no artigo 70 e seguintes do CPC e não obstante este artigo afirmar que ela é obrigatória sob pena de perda do direito de propositura de ação regressiva autônoma, na verdade a maioria da doutrina apenas a concebe com força de obrigatoriedade quando se tratar de evicção (inciso I do artigo 70), e, ainda assim, cresce o entendimento no sentido de que nem mesmo na evicção seria ela obrigatória, com o que concordamos. Exemplo de denunciação da lide ocorre quando alguém de boa fé (evicto) adquire o bem de quem não era proprietário (evictor). Em seguida o verdadeiro dono aciona o adquirente de boa fé. Ora, para garantir-se contra uma muito provável derrota, o réu oferece denunciação da lide contra o evictor (pessoa que alienou algo que não lhe pertencia). Então, se a sentença julgar procedente o pedido na ação do autor contra o réu, também deve julgar, em princípio, a denunciação da lide em favor do denunciante.

Outra modalidade de intervenção de terceiros a ser enquadrada pelo artigo 109 do CPC é o chamamento ao processo (artigo 77). As hipóteses envolvidas pelo chamamento ao processo são distintas das da denunciação da lide. Em todo caso, o juiz que julgar a ação principal julgará estas ações acessórias. Observe-se que a oposição é proposta pelo terceiro contra as duas partes, é aquela que toma a iniciativa. Já a denunciação da lide e o chamamento ao processo são de iniciativa das partes contra o (s) terceiro (s), mas ainda há, entre estas duas espécies, um detalhe fundamental: em relação à denunciação da lide tanto o autor quanto o réu podem denunciar, salvo, como vimos, o caso do possuidor (inciso II do artigo 70), no qual apenas o réu tem essa faculdade; em relação ao chamamento ao processo apenas a parte ré pode utilizar-se de tal instrumento.

Os embargos de terceiros podem ser opostos por quem não sendo parte no processo (terceiro) sofrer turbção ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, como a penhora, o arresto, etc. Nesse caso o terceiro ingressa no processo espontaneamente, assim como na oposição. Embora semelhantes, os institutos da oposição e embargos de terceiros são distintos. O espectro da oposição é bem mais amplo do que o

dos embargos de terceiros porque ela abrange tanto direitos reais quanto pessoais, além de coisas (vide artigo 56), ao passo que os embargos de terceiros quedam-se restritos aos casos de direitos reais decorrentes de ato de apreensão judicial.

Pensamos que as modalidades de intervenção de terceiros: assistência e nomeação à autoria não se enquadram no artigo 109 porque não podem ser consideradas como ações. Mas devemos anotar por dever de veracidade, que Pontes de Miranda admite que as ações de garantia referidas no artigo 109 são aquelas relacionadas tanto com o direito quanto com o objeto do direito, ou mesmo com a irradiação de um direito garantido, ou ainda com algo que se garantiu. Dessa forma conclui que os terceiros que se ligam à ação de garantia são: o litisconsorte; o assistente; o opoente; o nomeado à autoria; o denunciado da lide; o chamado ao processo; e o terceiro embargante.⁹⁸⁶ Já Celso Agrícola Barbi, ao comentar o mesmo artigo não se refere ao litisconsórcio nem à assistência, nem à nomeação à autoria, o que nos parece mais adequado.⁹⁸⁷

6. Competência e o problema da questão prejudicial penal.

Em alguns casos uma decisão na esfera cível depende do pronunciamento da justiça criminal e isto ocorrerá quando o conhecimento da lide, entenda-se a sentença de mérito, depender necessariamente da verificação da existência de fato delituoso (artigo 110). Neste caso pode o juiz mandar sobrestar no andamento do processo até que se pronuncie a justiça criminal. Esta hipótese acarreta a suspensão do processo, consoante determina o artigo 265 do CPC (inciso IV, b), ou seja, lá há referência à suspensão do processo quando a sentença de mérito não puder ser proferida senão depois de verificado determinado fato, ou de produzida certa prova, requisitada a outro juízo. Mas esta suspensão não poderá exceder ao período de um ano, se ultrapassado este prazo o juiz deve determinar o prosseguimento do feito. O próprio artigo 110, no parágrafo único,

⁹⁸⁶ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo II, p. 314.

⁹⁸⁷ BARBI, Celso Agrícola, op. cit. p. 290.

prevê hipótese de o juiz decidir a questão prejudicial a que se refere, quando a ação penal não for proposta no prazo de trinta dias contados da data da intimação do despacho que determinou a suspensão do processo civil. Mas esta decisão judicial é de natureza incidental, logo, como mais adiante veremos, não produz coisa julgada, salvo se o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide (artigos 469-70).

O artigo 110, quando se refere à influência da verificação da existência de fato delituoso, usa o verbo poder, indicando que o juiz pode, ou não, determinar a suspensão do processo. Seria caso de faculdade conferida ao magistrado. Já o artigo 265, diz que se suspende o processo quando tal hipótese ocorrer, dando a entender que não seria caso, então, de faculdade, mas de obrigatoriedade. Existe uma aparente contradição entre estes dois dispositivos, mas a jurisprudência do STJ indica que o artigo 110 envolve caso de suspensão facultativa do processo.⁹⁸⁸

O motivo dessa suspensão facultativa do processo é exatamente o mesmo que fundamenta a conexão: evitar a possibilidade de decisões judiciais contraditórias, no caso seria: por um lado, o juiz cível reconhecer a existência de fato delituoso, e, por conta disso, julgar procedente o pedido; de outro lado, a justiça criminal reconhecer que a conduta impingida ao réu não era delituosa, ou seja, estaria acobertada por uma das excludentes de ilicitude previstas no artigo 23 do código penal. Esta seria a contradição. Entretanto, não é sempre que a comprovação, no juízo criminal, da inexistência do fato delituoso (excludente de ilicitude) atribuído ao réu o eximirá da responsabilidade civil. O réu que, por exemplo, agiu acobertado pelo estado de necessidade, para remover o perigo iminente utilizou-se de um bem pertencente a alguém que não provocou o perigo. Aí, o dono da coisa tem direito à indenização pelos prejuízos sofridos, dès que não tenha sido o culpado pelo perigo (é o que se interpreta pelos artigos 160 e 1.519-20 do CC). E o que é interessante aqui, é que a legitimidade passiva recai sobre o autor do fato (sobre quem

⁹⁸⁸ "A suspensão do processo, na hipótese de que trata o art. 110 do CPC, é facultativa, estando entregue ao prudente exame do juiz, em cada caso, que deve ter em linha de conta a possibilidade de decisões contraditórias" (STJ -3ª Turma, REsp 47.246-6-RJ, rel. Min. Costa Leite, j. 30.8.94, deram provimento parcial, v.u., DJU 27.3.95, p. 7.157, 1ª col., em.). NEGRÃO, Theotonio. Código de processo civil e legislação processual em vigor. 1. ed. CD-ROM, em anotação ao artigo 110.

*agiu acobertado pelo estado de necessidade), embora se lhe reconheça o direito a ser ressarcido, em ação regressiva, pelo causador do perigo iminente.*⁹⁸⁹

*A deliberação judicial sobre a questão prejudicial referida no artigo 110 do CPC, ressaltando o caso previsto no artigo 470, não produz coisa julgada por se tratar de decisão de índole meramente instrumental, logo, ela não importa em acolhimento ou rejeição do pedido.*⁹⁹⁰

7. Dos conflitos de competência e de atribuições.

Muito embora essas expressões parecem designar a mesma situação processual, na verdade isso não ocorre. Conflito de competência é o fenômeno processual pelo qual duas ou mais autoridades judiciárias, no exercício da função jurisdicional, entendem-se competentes ou incompetentes para o julgamento da causa. Conflito de atribuições ocorre quando duas autoridades pertencentes a poderes distintos da República, no desempenho de atividades administrativas, julgam-se competentes, ou incompetentes, para a edição de ato administrativo análogo. Está previsto pelo artigo 124 do CPC, mas sua regulamentação é afeta aos regimentos internos dos tribunais.⁹⁹¹

O artigo 115 do CPC prevê três hipóteses em que é possível ocorrer conflito de competência: I - quando dois ou mais juízes se declaram

⁹⁸⁹ Aliás, o STJ já entendeu que "Não faz coisa julgada no juízo cível a sentença penal que, nos termos do art. 386, VI, do CPP, dá pela absolvição do réu em face da insuficiência probatória quanto ao elemento subjetivo do ilícito (culpabilidade)" (STJ -4ª Turma, REsp 6.914-DF, rel. Min. Barros Monteiro, j. 27.8.91, não conheceram, v.u., DJU 30.9.91, p. 13.488, 2ª col., em.). NEGRÃO, Theotonio, *ibidem*.

⁹⁹⁰ RTJ 114/320. NEGRÃO, Theotonio, *ibidem*.

⁹⁹¹ (RSTJ 28/25, maioria). Neste sentido: RSTJ 28/30. (STJ -3ª Seção, CA 23-0-RJ, rel. Min. Costa Lima, j. 22.10.92, não conheceram, v.u., DJU 9.11.92, p. 20.329, 2ª col., em.). NEGRÃO, Theotonio, em anotação ao artigo 124.

competentes, tem-se aqui o conflito positivo de competência, diz-se positivo porque ambos, ou todos, os juízes envolvidos entendem que devem julgar a causa; se um dos juízes julgar a causa, apesar de instaurado o conflito, este perderá o seu objeto;⁹⁹² II - quando dois ou mais juízes se consideram incompetentes, tem-se o conflito negativo de competência, pela razão inversa do primeiro. Mas para haver conflito negativo é preciso que todos os órgãos jurisdicionais envolvidos tenham manifestado o convencimento pela sua incompetência: (RTJ 128/84). Também importa ressaltar que se um dos juízes, depois de instaurado o conflito, aceitar que é o competente o conflito perderá o seu objeto.⁹⁹³ III - quando entre dois ou mais juízes surge controvérsia acerca da reunião ou separação de processos.

Quando falamos sobre a competência em razão da pessoa da União, bem como sobre a inconstitucionalidade do artigo 99 do CPC, anotamos que o juiz de direito do Estado será competente, em face do artigo 109 da Constituição Federal, para processar e julgar causas envolvendo segurado da previdência social e a respectiva entidade seguradora (INSS), dê que a comarca do domicílio do segurado não seja sede de vara federal. Pois bem, pode ocorrer que surja conflito de competência entre o juiz de direito do Estado e o juiz federal com exercício no mesmo Estado Federado. Para resolver as controvérsias surgidas, sobre casos como esse o STJ editou a súmula nº 03, cujo enunciado diz que: *Compete ao Tribunal Regional Federal dirimir conflito de competência verificado, na respectiva Região, entre Juiz Federal e Juiz Estadual investido de jurisdição federal.*

Também pode surgir conflito entre um juiz de direito e um juiz do trabalho acerca do julgamento de causas trabalhistas. Esses conflitos

⁹⁹² "Se um dos juízes já emitiu juízo definitivo a respeito da causa, exaurindo, assim, a sua função, o conflito perde a sua razão de ser" (TFR -1ª Seção, CC 6.918-MG, rel. Min. Nilson Naves, j. 9.4.86, não conheceram do conflito, v.u., DJU 21.8.86, p. 14.370, 1ª col., em.). NEGRÃO, Theotonio, em nota ao artigo 115.

⁹⁹³ (STJ -2ª Seção, CC 157-MT, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 9.8.89, julgaram prejudicado, v.u., DJU 2.10.89, p. 15.345, 1ª col., em.; TFR -2ª Seção, CC 5.316-DF, rel. Min. Geraldo Sobral, j. 26.4.83, julgaram prejudicado, v.u., DJU 23.6.83, p. 9.329, 1ª col.). NEGRÃO, Theotonio, ibidem.

foram tantos que o STJ editou duas súmulas sobre o assunto. A primeira foi a de nº 10, no sentido de que uma vez instalada a Junta de Conciliação e Julgamento – agora Varas do Trabalho –, cessa a competência do Juiz de Direito em matéria trabalhista, inclusive para a execução das sentenças por ele proferidas. A segunda é a de nº 180, outorgando competência ao Tribunal Regional do Trabalho, para dirimir conflito de competência verificado, na respectiva Região, entre Juiz Estadual e Juiz do Trabalho, acerca de lides trabalhistas.

Uma outra regra primordial sobre os conflitos de competência consta da súmula 59 do STJ, cuja redação é: *"Não há conflito de competência se já existe sentença com trânsito em julgado, proferida por um dos juízos conflitantes"*. Ocorre que em algumas vezes haverá conflito quando dois ou mais juízes entenderem-se competentes sobre uma mesma causa. Nesse caso, uma vez instaurado o conflito não há que se falar em trânsito em julgado de uma das ações, eis que a controvérsia não abrange mais do que uma única ação. A sentença proferida em processo sobre o qual paira incidente de incompetência é condicional, sujeita, portanto, à sorte do julgamento da exceção. A súmula 59 do STJ tem aplicação naqueles casos nos quais o conflito se dá em face da existência de mais de uma ação, com identidade de objeto ou de causa de pedir (conexão, artigo 103),⁹⁹⁴ e que estejam em tramitação perante magistrados diferentes. Então haverá conflito se ambos, ou todos, julgarem-se preventos, ou não preventos.

Assim como o direito de ação para ser exercido exige que autor e réu tenham legitimidade, da mesma forma para suscitar conflito de competência exige-se legitimidade de quem o argüi. O artigo 116 do CPC confere legitimidade às partes, ao Ministério Público e ao juiz. Passemos a algumas observações: a primeira é que a parte que tencionar suscitar conflito de competência na justiça federal deve efetuar o pagamento de custas, de acordo com RCJF tab. I, nº IV. Depois, deve-se observar que o

⁹⁹⁴ Não foi feita alusão à continência porque para que exista, haverá ocorrido a conexão.

STJ não conhece de conflitos suscitados pelas partes, quando a petição não estiver devidamente instruída de forma a fazer prova acerca do conflito.

Este mesmo tribunal já admitiu que a parte pode habilitar-se como assistente para defender os argumentos de um dos juízes envolvidos no conflito.⁹⁹⁵ Mas, de acordo com o artigo 117, se a parte, por ventura, já tiver oferecido exceção de incompetência de foro ou de juízo, não poderá suscitar conflito de competência. Por outro lado, diz o parágrafo único desse artigo: *o conflito de competência não obsta, porém, a que a parte, que o não suscitou, ofereça exceção declinatória do foro*. Apesar de ser concedido direito às partes, em matéria recursal, para fazerem sustentação oral de sua respectiva tese, a jurisprudência não admite sustentação oral em sede de sessão de julgamento de conflito de competência.

Em relação à suscitação de conflito de competência pelo juiz, basta que o magistrado fundamente sua decisão e remeta os autos ao tribunal ao qual todos os juízes envolvidos estiverem subordinados. Mas o STJ já entendeu que o juiz não pode suscitar conflito de competência, se a parte já tiver oferecido exceção de incompetência, caso em que se conhecerá da exceção, apenas.⁹⁹⁶ O conflito de competência pode ocorrer tanto em primeira quanto em segunda instância. Se ocorrer na primeira instância, não se vislumbra dificuldades. Mas se na segunda, deve-se verificar as normas regimentais de cada tribunal, tendo o STF já decidido que seja suscitado o conflito pelo tribunal respectivo e não pelo seu presidente ou corregedor geral.⁹⁹⁷

Em relação ao MP, esta instituição deve funcionar em qualquer conflito de competência, mas pode atuar em posições diversas: ora pode ser o

⁹⁹⁵ (STJ -2ª Seção, CC 2.131-SP, rel. Min. Nilson Naves, j. 8.4.92, não conheceram, v.u., DJU 18.5.92, p. 6.960, 1ª col.). NEGRÃO, Theotonio, em nota ao artigo 116.

⁹⁹⁶ (STJ -2ª seção, CC 8.222-6-es, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 11.5.94, v.u., DJU 6.6.94, p. 14.207, 1ª col., Em.). NEGRÃO, Theotonio, ibidem.

⁹⁹⁷ Neste sentido Theotonio Negrão argumenta que: “*Não há conflito de competência se apenas um dos membros do Tribunal, isoladamente (presidente, corregedor ou relator), se houver manifestado sobre o tema*”. NEGRÃO, Theotonio, ibidem.

suscitante, caso em que deve obedecer à prescrição do artigo 81 do CPC, no sentido de que o MP tem os mesmos poderes e ônus de qualquer parte; ora pode atuar como fiscal da lei. Mesmo que não seja parte o MP deverá funcionar em qualquer conflito de competência, consoante dispõe o parágrafo único do artigo 116.

Quanto aos efeitos dos atos processuais praticados por um juiz, cujo tribunal ao qual estava ele subordinado entendeu que não era competente e que os autos deveriam ser remetidos para jurisdição de outra espécie, por exemplo: o tribunal de justiça entende que competente é a justiça federal, ou vice-versa, neste caso o tribunal, ao qual o juiz incompetente estiver subordinado, deve anular os atos processuais já praticados, pois não é admissível que um tribunal ao qual o juiz não estivesse subordinado pudesse anular atos processuais por ele praticados. De fato, o STJ não concebe que um tribunal anule atos praticados por um juiz pertencente a outro tribunal,⁹⁹⁸ nem mesmo que se trate de cumprimento de carta precatória, em relação ao juiz deprecado. Caso em que os recursos cabíveis serão interpostos para o tribunal a que estiver vinculado o juiz deprecado e o juiz deprecante.⁹⁹⁹ Já o STF, certa vez, admitiu existir conflito de jurisdição entre um juiz de primeiro grau e o tribunal ao qual estava subordinado, porque aquele determinou o cumprimento de uma carta precatória e o tribunal concedeu liminar para emprestar efeito suspensivo ao agravo contra a decisão do juiz, o que não nos parece correto, *data venia*.¹⁰⁰⁰

⁹⁹⁸ Salvo se o juiz de direito, por exemplo, estivesse investido na jurisdição federal.

⁹⁹⁹ (STJ -2ª seção, cc 1.469-rs, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 13.3.91, v.u., DJU 8.4.91, p. 3.864, 2ª col., Em.). NEGRÃO, Theotonio, *ibidem*. Sobre o cumprimento de precatórias vide: RSTJ 25/35.

¹⁰⁰⁰ "Pela jurisprudência mais recente desta corte (CJ 6.666), há conflito de jurisdição entre o juiz deprecado e o Tribunal a que este está subordinado, se aquele determina o cumprimento de uma precatória e este concede liminar para dar efeito suspensivo a agravo contra tal determinação, interposto sem apoio em alguma das hipóteses previstas no artigo 209 do CPC, e sem a alegação de manifesta incompetência do juízo deprecante" (STF -Pleno: RTJ 128/1.087). O CJ 6.666 está publicado em RTJ 123/894. NEGRÃO, Theotonio, *ibidem*.

Ocorrendo conflito no primeiro grau de jurisdição deve haver suscitação ao presidente do tribunal e os meios procedimentais requeridos, ante o determinado no artigo 118, são: I- se o suscitante for o juiz, o meio procedimental será o ofício; II- se o suscitante for a parte ou Ministério Público, o meio será petição. Mas, tanto num caso quanto noutro, eles deverão ser instruídos com a prova documental atestando a existência do conflito. Em seguida os autos do incidente serão distribuídos para um relator que, de acordo com o artigo 119, deve mandar ouvir os juízes em conflito, isso se quem suscitar for a parte ou o MP, pois se quem suscitar for um juiz o relator deve requisitar, do outro juiz, informações. Todavia, nada obstante esta prescrição legal, o STJ vem abrandando o rigor do artigo para dispensar a ouvida dos juízes envolvidos quando os autos do incidente contiverem provas suficientes para a elucidação da causa, por economia processual.¹⁰⁰¹ Um outro aspecto relevante encontra-se no artigo 120, que previu a possibilidade de quando o conflito for positivo o relator atribuir efeito suspensivo ao processo, em face do incidente conflitual. Mas, se isso ocorrer o relator deve designar um dos juízes para resolver questões processuais urgentes, em caráter provisório. Em seguida, ouvindo-se, ou não, os juízes, deve o relator conceder vista dos autos pelo prazo de cinco dias para que o MP emita parecer. Depois, diz o artigo 121, deverá apresentar o conflito em sessão de julgamento. Ao decidir o conflito o tribunal dirá qual o juiz competente e pronunciar-se-á quanto à validade dos atos processuais praticados, bem como determinará a remessa dos autos do processo ao juiz declarado competente (artigo 122).

Questão debatida é se o conflito de competência é característico da função jurisdicional, ou se se estende aos membros do Ministério Público. Há um acórdão publicado em RTJ 124/857, cuja hipótese ilustrava juízes de comarca situadas em Estados-membros distintos acolhendo

¹⁰⁰¹ "A audiência dos juízes em conflito não constitui providência obrigatória, podendo o relator dispensá-la se os autos estão devidamente instruídos com os elementos necessários". (STJ -2ª Seção, CC 403-0-BA- EDcl, rel. Min. Antônio Torreão Braz, j. 24.11.93, rejeitaram os embargos, v.u., DJU 13.12.93, p. 27.373, 1ª col., em.). NEGRÃO, Theotonio, em nota ao artigo 119.

requerimentos do MP pela incompetência de cada um. Pois bem, o conflito não ocorreu entre os órgãos do MP, mas entre os dois juízes. Contudo, o STF já admitiu conflito de jurisdição – e não de atribuições – entre órgãos do Ministério Público pertencentes a Estados-membros distintos.¹⁰⁰² Não se deve confundir o conflito de competência com os casos de impedimento ou suspeição de juízes (vide artigos 134-5), ou seja, quando um juiz entende que não pode julgar a lide porque é amigo íntimo, ou credor, ou devedor de uma das partes. Quando isso ocorre, ele deve remeter os autos do processo para o seu substituto legal.

¹⁰⁰² “*O conflito entre representantes do MP de dois Estados é de jurisdição, e não de atribuições*”. (STF - Pleno, CA 17-2-RJ, rel. Min. Soares Muñoz, j. 17.8.83, não conheceram, v.u., DJU 9.9.83, p. 13.554). NEGRÃO, Theotonio, *ibidem*.

CAPÍTULO 12

DOS ATOS E PRAZOS PROCESSUAIS

1. O sentido processual da expressão ‘ato’ e os seus princípios vetores.

A palavra ‘ato’ é ambígua, num dado momento quer designar todo movimento de um ser vivo, conforme pensamento de Santo Tomás de Aquino, inclusive o próprio pensamento pode ser concebido como *ato*, nesta acepção ampla. Também no sítio jurídico esta expressão indica mais de uma espécie de coisas. Quando o artigo 155 do CPC diz que *os atos processuais são públicos*, o que pretende expressar é a existência do próprio ato. Mas quando o artigo 154, insculpe que: *os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial*, o que fez a lei, nesse caso, foi conceber o *ato* em sua *forma*. Há ainda uma terceira vertente a entender o *ato* no sentido de documentação.¹⁰⁰³ Então, a palavra *ato* indica, no processo civil, três significações, não obstante o esforço de Alfredo Buzaid em tentar evitar no atual CPC expressões ambíguas, razão pela qual restringiu o vocábulo *lide* para designar o mérito e *instância* para representar o processo.

¹⁰⁰³ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. Vol. I. p. 283.

Segundo Frederico Marques ato processual é “*aquele praticado no processo e que para este tem relevância jurídica*”.¹⁰⁰⁴ Para Liebman ato processual é sempre uma declaração ou manifestação do pensamento operada de forma voluntária por um dos sujeitos processuais, capaz de ser enquadrada numa categoria de atos previstos em lei, pertencente a um procedimento e operando eficácia: constitutiva, modificativa ou extintiva sobre a relação processual respectiva.¹⁰⁰⁵ Têm como características a coordenação em série contínua e a interdependência de ato a ato. Os atos processuais são orientados por alguns princípios: 01- princípio do **formalismo** - dá realidade ao ato, faz com que ele adquira existência; 02- princípio da **instrumentalidade** – esculpido nos artigos 154 e 244, diz que os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial;¹⁰⁰⁶ 03- princípio da **documentação** – pelo qual todos os atos praticados no processo devem ser documentados, mesmo aqueles praticados oralmente devem ser reduzidos a termo; 04- princípio da **publicidade** – previsto nos artigos 155 e 444, bem como pelo artigo 93 da Constituição Federal, exige que todos os julgamentos do poder judiciário sejam públicos, isso não significa, todavia, que alguns processos não possam tramitar em segredo de justiça tal como ocorre com os relacionados ao estado e a capacidade das pessoas, por exemplo, os processos referentes a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores, bem como aqueles em que o exigir o interesse público.¹⁰⁰⁷

2. O direito de consultar autos processuais e a obrigatoriedade do uso do vernáculo.

¹⁰⁰⁴ MARQUES, José Frederico. *Manual de processual civil*. Vol. I. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 319.

¹⁰⁰⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, p. 222.

¹⁰⁰⁶ Importante não confundir o princípio da instrumentalidade das formas com a instrumentalidade do processo, teoria desenvolvida pelo professor Cândido Rangel Dinamarco.

¹⁰⁰⁷ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. Vol. I. p. 283 e segs.

As partes e seus advogados têm direito de consultar os autos, não resta dúvida, entretanto, o código de processo civil parece contradizer-se quando, pelo parágrafo único do artigo 155, inscreve que o direito de consultar os autos e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e a seus procuradores, ressalvando que o terceiro, que demonstrar interesse jurídico, pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença. Mas, ao mesmo tempo, pelo artigo 141, inciso V, diz que ao escrivão incumbe dar, independentemente de despacho, certidão de qualquer ato ou termo do processo, observado o disposto no art. 155. A interpretação deve, sempre que possível, ser sistêmica, de modo a conciliar regras conflitantes, ou que aparentem conflitar. Neste sentido a restrição do parágrafo único do artigo 155 somente se aplica aos casos em que houver tramitação em segredo de justiça, nas outras hipóteses aplica-se o artigo 141, V, em combinação com o artigo 40, I, sendo livre a ‘consulta’ aos autos por advogado, mesmo que não atue na demanda, bem como é irrestrito o direito à obtenção de certidões.¹⁰⁰⁸

A lei processual impõe ainda a obrigatoriedade do uso do vernáculo, admitindo, porém, a juntada aos autos de documentos produzidos em língua estrangeira desde que traduzidos por tradutor juramentado. A súmula 259 do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, não considera necessária a inscrição no registro público de documentos de procedência estrangeira, dès que devidamente autenticados por via consular. Entretanto, o TJRS já decidiu que a citação da parte em ação cuja petição inicial vem acompanhada de documento estrangeiro não traduzido, por qualquer forma, obviamente, não acarreta a fluência do prazo para a defesa.¹⁰⁰⁹

O código de processo civil quando tratou dos atos processuais os subdividiu em: atos: 01- da parte; 02- do juiz; 03- do escrivão ou chefe de secretaria. Iniciemos com os atos das partes.

3. Atos da parte.

¹⁰⁰⁸ NEGRÃO, Theotonio, op. cit. comentário ao artigo 155.

¹⁰⁰⁹ Confira-se RJTJERGS 143/117.

Os atos da parte são classificados pela doutrina em postulatórios, dispositivos (voluntários e intencionais), reais e probatórios. **Postulatórios** são os requerimentos e pedidos pleiteados pelas partes. Não se deve confundir requerimentos, que são pleitos que visam impulsionar o processo à sentença de mérito, com o pedido, que representa, este sim, o objeto do processo, e que será: ‘mediato’, quando consistir no próprio bem material que se pretende proteger com o processo, e ‘imediato’, quando representar a providência solicitada na sentença com o escopo de efetivar o pedido mediato. Este se cinge ao sítio processual, aquele, ao direito material. Os atos **dispositivos** podem ser unilaterais e bilaterais e se subdividem em: **voluntários** – quando praticados com a consciência de suas consequências jurídicas; e **intencionais**, ou negócio processual – quando importa em disposição de direitos e causação de efeitos.¹⁰¹⁰ Atos **reais** – são os que se manifestam pela própria coisa, por exemplo, juntada de documentos.¹⁰¹¹ Além desses há ainda os atos probatórios – instrutórios - isto é, aqueles destinados a convencer o juiz sobre a verdade de um fato.¹⁰¹²

4. Atos e prazos do juiz: nos despachos e decisões

Os **atos do juiz** subdividem-se em ‘decisões’ e ‘despachos’. São **despachos** todos os atos do juiz sem conteúdo decisório praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito à lei não estabelece outra forma. Pelo fato de carecerem de carga

¹⁰¹⁰ Atos que importam em negócios processuais são considerados também como atos de causação. MARQUES, José Frederico, op. cit. p. 326.

¹⁰¹¹ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. Vol. I, p. 283 e segs.

¹⁰¹² MARQUES, José Frederico, op. cit. p. 326. Goldschmidt simplifica a classificação dos atos da parte em atos de obtenção e de causação: “*Los actos de obtención constituyen el centro del proceso. Son los actos procesales de las partes en el sentido estricto, puesto que representan aquellos actos que tienen el fin inmediato de llevar un hecho a la evidencia. (...) Los actos de obtención son actos, pero non negocios jurídicos. Les falta la característica del negocio jurídico, a saber: que el efecto jurídico que se produce aparezca como realización de la voluntad de las partes, manifestada en el acto*”. O consagrado processualista germânico insere no âmbito dos primeiros: as petições, afirmações e atos probatórios; e os segundos envolvem atos que não têm, necessariamente, uma vontade dirigida a um respectivo efeito. GOLDSCHMIDT, JAMES. *Teoría general del proceso*. Tradução de Leonardo Pietro Castro. Barcelona: Editorial Labor, 1936, p. 102-3.

decisória estes atos são irrecorríveis. As **decisões** subdividem-se em ‘interlocutória’ e ‘sentença’, aquela vem definida no § 2º do artigo 162: é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente, e sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa. Os julgamentos proferidos pelos tribunais, por sua vez, recebem a denominação de acórdão. Os requisitos das sentenças encontram-se dispostos no artigo 458, são eles: o *relatório*, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; os *fundamentos*, onde o juiz analisará as questões de fato e de direito; e o *dispositivo*, pelo qual o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem. A lei não considerou a ementa – que se constitui num resumo da decisão – como elemento imprescindível da sentença, trata-se, assim, de requisito facultativo. Porém, quando o CPC tratou dos acórdãos o artigo 563 foi mais rigoroso, pois impôs que: *todo acórdão conterà ementa*. Os juízes devem ainda datar e assinar todos os seus despachos, decisões, sentenças e acórdãos. E quando forem proferidos, verbalmente, o taquígrafo ou o datilógrafo deve registrá-los, submetendo-os aos juízes para revisão e assinatura.

A lei dos juizados especiais cíveis operou um *set-a-side* no rigor do formalismo do processo civil regido pelo CPC. Aqui, a sentença deve apenas mencionar os elementos de convicção do juiz, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório (artigo 38 da lei 9.099/95). Outro aspecto diferenciador consiste no fato de não se permitir a prolatação de sentenças condenatórias ilíquidas, ainda que o pedido seja genérico, ou seja, as condenações nos juizados devem determinar a quantia certa a que o réu estará obrigado a adimplir, não podendo, outrossim, ultrapassar o teto alçada, sob pena de ineficácia (artigo 39).¹⁰¹³

¹⁰¹³ Goldschmidt põe as *resoluções* no centro dos atos judiciais: “*En el centro de los actos judiciales se encuentran las resoluciones. En efecto, toda la actividad del juez, como aplicació del Derecho, es resolución o, por lo menos, la supone. Resolución es la declaración de lo que el juez estima justo en el caso concreto. Es el resultado de un proceso mental, y, por eso, um juicio*”. Além das resoluções o autor ainda aponta outras três espécies de atos judiciais: 01- atos de *causação*, como notificações, ou atos reais a exemplo de concessão de vista dos autos, tais atos, ainda quando praticados por auxiliares da justiça, não deixam de ser judiciais; 02- atos que suprem ou deferem providências requeridas pelas partes, como, por exemplo, produção de prova em face de requerimento da parte neste sentido; 03- atos que não são susceptíveis de uma estimativa judicial, pois que a esta apenas se submetem atos que têm o juiz como destinatário, são atos de celebração de vista e de recebimento da prova. GOLDSCHMIDT, op. cit. p. 186-7.

Dos prazos dos juízes. O artigo 189 faculta ao juiz os prazos de: dois dias para prolatar despachos de expediente; e dez dias para proferir ‘decisões’, sendo oportuno lembrar que o prazo de dez dias aplica-se tanto para sentenças quanto para decisões interlocutórias, a bem da interpretação sistêmica do artigo 162 c/c o 189. Mas o artigo 187 mitiga o rigor da exigência de cumprimento das decisões judiciais nos prazos fixados pelo CPC, ao dizer que em qualquer grau de jurisdição, havendo motivo justificado, pode o juiz exceder, por igual tempo, os prazos assinados pela lei processual. Entretanto, o juiz que mesmo assim exceder os prazos legais sujeita-se à representação prevista no artigo 198, o qual faculta às partes ou ao órgão do Ministério Público representar ao presidente do Tribunal de Justiça contra o juiz que excedeu os prazos previstos em lei. Há opinião na doutrina no sentido de que este dispositivo (artigo 198 do código de processo civil) teria perdido sua razão de existir,¹⁰¹⁴ porque a LOMAN, lei complementar nº 35, que é posterior ao CPC, eis que fora editada em 14 de março de 1979, ao tratar da disciplina judiciária, através do artigo 39, obrigou os juízes a remeter, até o dia dez de cada mês, ao órgão corregedor competente da segunda instância, informação a respeito dos feitos em seu poder, cujos prazos para despacho ou decisão hajam sido excedidos, bem como indicação do número de sentenças proferidas no mês anterior.

De nossa parte não comungamos desse entendimento, pois a representação do artigo 198 do CPC tem como postulantes as partes e/ou o representante do MP, sendo dirigida ao Tribunal, ao passo que a LOMAN previu a obrigação de cada juiz enviar mensalmente um ‘*relatório de produtividade*’ para autoridade judiciária distinta: a corregedoria, não o Tribunal. Observe-se que no caso da representação do CPC a corregedoria pode ser dispensada de atuar, pois os regimentos internos dos tribunais, bem como as leis de organização judiciária, atribuem competência ao conselho da magistratura – não à corregedoria – para processar os juízes por faltas administrativas, tanto que a lei processual, pelo artigo 198, disse que distribuída a representação ao ‘*órgão competente*’, instaurar-se-á procedimento para apuração da responsabilidade. O relator, conforme as circunstâncias, poderá avocar os autos em que ocorreu excesso de prazo, designando outro

¹⁰¹⁴ Esta é a opinião de Theotonio Negrão, como se observa no comentário ao artigo 198 do código de processo civil, vide op. cit.

juiz para decidir a causa. É curial que o ‘*órgão competente*’ para processar e punir juiz – administrativamente – é o conselho da magistratura, garantido o direito à ampla defesa.

5. Atos do escrivão ou chefe de secretaria.

Por questões de organização judiciária a figura do escrivão tende a desaparecer, em seu lugar surgiu o chefe de secretaria, que exerce as mesmas atribuições, mas sem as mesmas prerrogativas funcionais. No Estado de Pernambuco a função de ‘chefe de secretaria’ é exercida por um técnico judiciário indicado pelo juiz em lista tríplice e nomeado pelo Presidente do Tribunal de Justiça.¹⁰¹⁵

A doutrina classifica os atos do ‘chefe de secretaria’ em atos de movimentação, de documentação e de execução. São **atos de movimentação** os previstos no artigo 168, tais como o termo de juntada, vista e conclusão, que devem constar de notas datadas e rubricadas. São **atos de documentação** os que registram os atos das partes, do juiz e dos próprios auxiliares da justiça, são exemplos: as certidões, as intimações. Através **dos atos de execução** os serventuários da justiça concretizam, cumprem, as decisões do juiz.¹⁰¹⁶ O artigo 166 fala em atos de ‘autuação’ atribuindo ao escrivão (chefe de secretaria) o dever de ao receber a petição inicial de qualquer processo, a autuar mencionando: o juízo, a natureza do feito, o número de seu registro, os nomes das partes e a data do seu início, devendo proceder do mesmo modo quanto aos volumes que se forem formando. Os atos e termos processuais não podem conter espaços em branco, salvo se forem inutilizados, nem entrelinhas, emendas ou rasuras, exceto se expressamente ressalvadas, tudo para garantir a veracidade processual. Os chefes de secretaria tiveram as suas atribuições ampliadas pela lei 8.952/94, que acrescentou o § 4º ao artigo 162 – que trata dos atos do juiz –, atribuindo-lhes ‘competência’ para praticar atos processuais que, até então, eram restritos aos juízes.

¹⁰¹⁵ Sendo que se o juiz integrar a comarca da capital deve remeter a lista tríplice ao Corregedor Geral da Justiça, que sugerirá um dos nomes ao Presidente do Tribunal de Justiça. Nos demais casos a lista deve ser enviada diretamente ao Presidente do Tribunal.

¹⁰¹⁶ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. p. 287-8.

Para tanto, é preciso que se trate de atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, que independem de despacho, estes devem ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessário.

6. Um prenúncio da telematização dos atos processuais.

O artigo 170 contém excelente regra para a aplicação da tecnologia ao direito, pois mesmo que o artigo 169 diga que os atos e termos do processo serão datilografados ou escritos com tinta escura, não sendo exigido tinta preta ou azul (RT: 725/150) e indelével, assinando-os as pessoas que neles intervieram, e mesmo que o seu parágrafo único vede o uso de abreviaturas, aquele dispositivo admite como lícito o uso da taquigrafia, da estenotipia, ou de *outro método idôneo*, em qualquer juízo ou tribunal. Isso significa que as audiências podem ser fonografadas (RT 715/16), ou mesmo estenografadas sem que as partes possam argüir nulidade processual.¹⁰¹⁷ Nos juizados cíveis o § 3º do artigo 13 da lei 9.099/95 prescreve que apenas os atos considerados essenciais serão registrados resumidamente, em notas manuscritas, datilografadas, taquigrafadas ou estenotipadas e que os demais atos poderão ser ‘gravados’ em fita magnética ou equivalente, que será inutilizada após o trânsito em julgado da decisão. O artigo 44 da lei dos juizados, por sua vez, garante às partes o direito de requerer a transcrição da gravação da fita magnética, arcando-se, todavia, com as respectivas despesas. Aliás, esta lei é expressa quanto à desnecessidade de a prova oral ser reduzida a termo, pois o artigo 36 determina apenas que a sentença deve referir, no essencial, os informes trazidos nos depoimentos. Nos juizados, nada obstante isso, o artigo 19 da mesma lei, pelo § 1º, diz que dos atos praticados na audiência, considerar-se-ão desde logo cientes as partes.

¹⁰¹⁷ “A estenotipia nada mais é do que a taquigrafia mecanizada, sendo, portanto, lícito o seu uso em qualquer juízo ou tribunal”. RT 600/121 - JTA 98/282. NEGRÃO, Theotonio, op. cit. anotação ao artigo 170.

Certo, outrossim, que a contagem dos prazos processuais em casos de audiências estenografadas ou fonografadas, ou realizadas por qualquer meio que não disponha para as partes o real e total conteúdo dos depoimentos colhidos e das decisões proferidas, somente deve começar a fluir a partir da data da ciência integral de todos os atos processuais praticados em audiência, sob pena de se ferir o princípio do contraditório.¹⁰¹⁸ Mas o que nos parece deveras relevante é o fato de o artigo 170 do CPC, depois de falar de estenotipia e taquigrafia, admitir que os atos processuais, em qualquer juízo ou tribunal do Brasil, possam ser praticados por *'outro método idôneo'*. A importância dessa permissividade é grande porque, através dela, os atos processuais telemáticos, como as teleconferências e interrogatórios *'on line'*, por exemplo, por se enquadrarem no conceito de *métodos idôneos*, podem ser adotados no Brasil sem o risco de serem anulados.¹⁰¹⁹

¹⁰¹⁸ No Estado de São Paulo o juiz Edison Aparecido Brandão, MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Campinas, no uso de suas atribuições, que lhes são conferidas por Lei, baixou uma portaria em 28 de junho de 1999, disciplinando o recebimento e processamento de petições pela internet, vejamos o integral do dito ato administrativo: *Considerando o disposto na Lei 9800/99. Considerando que a nova legislação não é taxativa e permite o uso de meios eletrônicos de transmissão de documentos além de fax similar. Considerando que a Primeira Vara Criminal de Campinas possui site na internet e conta de e-mail, com plenas condições de receber, sem custo algum, dos senhores advogados petições por meio eletrônico. RESOLVE: 1- Instituir setor de recepção eletrônica de petições, via Web na internet, 2- Tal setor é acessível na URL www.apamagis.com/lvccampinas, 3- Os documentos poderão ser remetidos também diretamente para o e-mail lvccampinas@apamagis.com, 4- Os documentos poderão ser remetidos em texto, no corpo do próprio e-mail, remetidos os originais no prazo do art. 2º da Lei 9800/99. 5- Os documentos poderão ainda ser remetidos anexados ao e-mail, inclusive arquivos gráficos, sonoros e de vídeo. 6- A conta de e-mail da Primeira Vara Criminal possuirá auto resposta, remetendo ao peticionário e-mail dando conta da recepção anterior. 7- O cartório imprimirá diariamente todos os e-mail's recebidos, juntando tais documentos aos autos, tudo devidamente certificado. 8- Dê-se ciência desta à Egrégia Corregedoria Geral de Justiça, ao Ministério Público e a O.A.B. Dada e passada nesta cidade e Comarca de Campinas, aos 28 de junho de 1999. Edison Aparecido Brandão. Juiz de Direito.*

¹⁰¹⁹ A Medida Provisória nº 28, de 04/02/2002, enfim, permitiu o uso de equipamentos tecnológicos no interrogatório e na inquirição de presidiários pela autoridade judiciária, além de permitir a prática de outros atos processuais. LIMA, George Marmelstein. *E-processo: uma verdadeira revolução procedimental*. www.georgemlima.hpg.com.br. De se recordar, porém, que a emenda constitucional nº 32 proibiu o tratamento de material processual através de medidas provisórias. Tanto que quando consultamos o site do Governo Federal (www.planalto.gov.br) constatamos que esta MP consta do rol daquelas **rejeitadas**. Mesmo assim, vejamos a exposição de motivos da lavra do então Ministro Aloysio Nunes Ferreira: "Brasília, 31 de janeiro de 2002. Excelentíssimo Senhor Presidente da República, Submeto à consideração de Vossa Excelência o anexo Projeto de Medida Provisória que "Dispõe sobre normas gerais de direito penitenciário, e dá outras providências". 2. Tal proposta versa sobre temas sobre os quais há consenso entre os responsáveis pela administração penitenciária de todos os Estados da Federação, que reclamam, urgentemente, a adoção das medidas que ora se propõe. 3. Basicamente, a presente medida provisória apresenta três novidades, a primeira cria um regime disciplinar diferenciado, para presos que estejam, em regime fechado e cometam falta grave equivalente à prática de crime doloso; a segunda transfere para a autoridade administrativa a atribuição sobre a definição sobre qual estabelecimento prisional os presos devem cumprir pena, porque hoje é competência do juiz

da execução; e, por último, determina que os interrogatórios e inquirição os presos sejam realizados, sempre que possível, nos estabelecimentos penitenciários em que estejam recolhidos. 4. Sobre as alterações ora propostas é de bom alvitre destacar, o seguinte: O regime disciplinar diferenciado terá as seguintes características: 1) duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie; 2) cumprimento da pena em cela individual, na qual o condenado deverá permanecer até por dezesseis horas diárias; 3) visitas semanais de apenas duas pessoas, sem contar as crianças, com duração máxima de até duas horas. Para o cumprimento deste regime disciplinar diferenciado, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios poderão construir unidades prisionais destinadas, exclusivamente, a condenados em tal regime. 5. Já a necessidade de se estabelecer que se insere na competência da autoridade administrativa a definição sobre qual estabelecimento prisional que o preso ou condenado deverá cumprir sua pena, respeitados os requisitos estabelecidos na sentença, vem ao encontro das constantes reivindicações dos Secretários Estaduais das pastas às quais compete a administração do sistema prisional, bem como foi sugerida pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Trata-se de medida que permitirá, também, maior agilização em tais transferências de tais presos ou condenados, o que será de grande importância, principalmente em momentos nos quais sejam necessárias providências rápidas, tanto para evitar, quanto para por fim a rebeliões. 6. A presente Medida Provisória possibilitará, também, que o interrogatório e outros atos judiciais, de acusados presos possam ser realizados no próprio estabelecimento penitenciário. Tal medida, que já vem sendo adotada em alguns Estados, será um fator que dará maior segurança tanto à população em geral, quanto às pessoas que diariamente freqüentam os fóruns. Sem necessidade do transporte dos presos, haverá maior segurança, evitando-se fugas ou resgates nos itinerários. 7. Por fim a presente proposta, indica como fator indispensável para a segurança nas unidades prisionais a instalação, dentre outros meios, a instalação de aparelho detector de metais. 8. Assim, Senhor Presidente, com o atendimento dos requisitos da urgência e relevância a que devem estar jungidos à medida provisória, a teor do art 62 da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, acredito que, se aceita a proposição, estará Vossa Excelência dando importante passo na direção no combate à criminalidade. Respeitosamente, ALOYSIO NUNES FERREIRA. Ministro de Estado da Justiça". O texto dessa MP estabelecia: MEDIDA PROVISÓRIA Nº 28, DE 4 DE FEVEREIRO 2002: Dispõe sobre normas gerais de direito penitenciário e dá outras providências. **O PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, no uso da atribuição que lhe confere o art. 62 da Constituição, adota a seguinte Medida Provisória, com força de lei: Art. 1º A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e sujeita o preso ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, a regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave da mesma espécie; II - cumprimento de pena em cela individual, na qual o condenado poderá permanecer por até dezesseis horas diárias; III - visitas semanais de apenas duas pessoas, sem contar as crianças, com duração máxima de até duas horas. Art. 2º As sanções disciplinares de advertência verbal, repreensão, suspensão de direitos e as de isolamento na própria cela ou em local adequado serão aplicadas ao preso pelo diretor do estabelecimento, ouvido o conselho disciplinar. Art. 3º Compete à autoridade administrativa definir o estabelecimento prisional para o cumprimento da pena pelo preso ou condenado, em atenção ao regime e aos requisitos estabelecidos na sentença, informando imediatamente ao juiz da execução. Parágrafo único. A autoridade administrativa, havendo necessidade, poderá determinar a transferência do condenado para outro estabelecimento prisional adequado, comunicando, também, de imediato, ao juiz da execução. Art. 4º A União, os Estados e o Distrito Federal poderão ter setores ou unidades prisionais destinadas, exclusivamente, aos condenados que estejam em regime fechado e que tenham praticado falta grave, nos termos do **caput** do art. 1º desta Medida Provisória, ou que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento. Art. 5º Os estabelecimentos penitenciários disporão, dentre outros sistemas de segurança, de aparelho detector de metais, aos quais devem se submeter todos os que queiram ter acesso ao referido estabelecimento, inclusive advogados, membros do Ministério Público, servidores públicos e empregados do próprio estabelecimento. Art. 6º O estabelecimento penitenciário ou prisional poderá ter instalações e equipamentos que permitam o interrogatório e a inquirição de presidiários pela autoridade judiciária, bem como a prática de outros atos processuais, de modo a dispensar o transporte dos presos para fora do local de cumprimento de pena. Art. 7º Observado o disposto nos arts. 44 a 60 [da Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984](#) - Lei de Execução Penal, os Estados e

Ademais, após a instituição dos juizados especiais federais evoluiu-se no sentido da implementação do processo telemático, ainda que de forma não integral, pois a lei nº 10.259/01, que instituiu estes juizados, avançou tremendamente na telematização do processo judicial, senão vejamos: 01º- facultou aos tribunais organizar serviço de intimação das partes e de recepção de petições por meio eletrônico (artigo 8º, § 2º); 02º- permitiu que no pedido de uniformização de interpretação de lei federal, havendo divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais distintas na interpretação da lei federal, a reunião dos juízes federais domiciliados em cidades diversas deve ser feita através de meio eletrônico (artigo 14, § 3º); 03º- impôs ao Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal e as Escolas de Magistratura dos Tribunais Regionais Federais, que fomentem a criação de programas de informática necessários para subsidiar a instrução das causas submetidas aos Juizados e ainda que promovam cursos de aperfeiçoamento destinados aos seus magistrados e servidores.

7. Tempo e prazo dos atos processuais. O conceito de dias úteis.

No título V do livro I (dos atos processuais), o código de processo civil dedica a seção I do capítulo II ao ‘tempo’ processual. A palavra ‘tempo’, todavia, é ambígua,¹⁰²⁰

o Distrito Federal poderão legislar de forma específica e suplementar relativamente ao regime disciplinar do preso ou condenado. Art. 8º Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação. Brasília, 4 de fevereiro de 2002; 181º da Independência e 114º da República. FERNANDO HENRIQUE CARDOSO. Aloysio Nunes Ferreira Filho”.

¹⁰²⁰ José Rogério Cruz e Tucci utiliza a expressão ‘tempo’ na acepção de eternização dos processos, concebendo-o, em obra específica: “... como a parte mensurável (duração) do movimento – que irá nos interessar ao longo deste trabalho (a despeito da ‘eternização’ de muitos processos judiciais”. TUCCI. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 18. No dicionário Aurélio encontramos os seguintes significados para a palavra ‘tempo’: “Do lat. *tempus*, pela f. *tempos*, que foi sentida como um pl. port. de que se tiraria um singular. S. m. 1. A sucessão dos anos, dos dias, das horas, etc., que envolve, para o homem, a noção de presente, passado e futuro; 2. Momento ou ocasião apropriada (ou disponível) para que uma coisa se realize; 3. Época; 4. As condições meteorológicas; 5. Estação, quadra; 6. Certo período, visto do ângulo daquele que fala, com quem se fala, ou de quem se fala; época; 7. O período em que se vive; época, século; 8. E. Ling. Cada um dos conjuntos de formas flexionadas em que se subdivide a conjugação de um verbo. [Embora tenha como princípio organizador a localização de uma situação em relação ao momento da fala, pode também traduzir aspecto (8) ou modo (9), como se depreende de termos da Nomenclatura Gramatical Brasileira: pretérito (indicação de tempo) perfeito (indicação de aspecto).]; 9. E. Ling. A expressão gramatical da noção de tempo.

10. E. Ling. Período de tempo durante o qual uma unidade de fala é pronunciada; 11. Esport. Cada um dos períodos em que se dividem certas partidas; 12. Fis. Coordenada que, juntamente com as coordenadas espaciais, é necessária para localizar univocamente uma ocorrência física; 13. Mús. Cada uma das partes, em andamentos diferentes, em que se dividem certas peças musicais, como a sonata, a suíte, o quarteto, etc.; movimento; 14. Mús. Andamento; 15. Mús. Duração de cada uma das unidades do compasso; Tempo absoluto. E. Ling. 1. Tempo (9) que localiza uma situação em relação ao momento da fala, isto é, ao presente. [Basicamente, os tempos absolutos são o presente, em que se dá o ato de fala, o passado, que localiza uma situação como anterior ao presente, e o futuro, que localiza uma situação como posterior ao presente.]. Tempo astronômico. Astr. 1. Intervalo de tempo medido segundo as convenções da astronomia. Tempo civil. Astr. 1. Tempo cuja origem é deslocada de 12 horas em relação ao tempo solar médio. Tempo compartilhado. Inform. 1. Designação de uma modalidade de processamento em que o tempo do processador é dividido entre as tarefas em execução. [Cf. multitarefa.]. Tempo composto. E. Ling. 1. O que se conjuga com um verbo auxiliar (...) Tempo de acesso. Inform. 1. Intervalo de tempo entre o instante em que se pede um tipo de manipulação com dados (leitura ou gravação de dados) em um dispositivo de armazenamento, até o instante em que o resultado dessa manipulação é fornecido (disponibilidade ou gravação de dados); tempo de entrada. Tempo de coagulação. Hemat. 1. Período de tempo necessário para que ocorra coagulação de sangue contido em tubo de vidro. (...) Tempo de Friedmann. Cosm. 1. Lapso de tempo decorrido desde o bigue-bangue. [O tempo de Friedmann deve ser corrigido do parâmetro de desaceleração (q. v.), ao contrário do tempo de Hubble, que considera apenas a constante de Hubble.]. Tempo de geração. Fis. Nucl. 1. Num reator nuclear, tempo médio necessário para que os nêutrons produzidos numa fissão provoquem novas fissões. Tempo de Hubble. Cosm. 1. Idade estimada do Universo com base no bigue-bangue. [Para um valor da constante de Hubble $H_0 = 55 \text{ km por segundo por megaparsec}$, o tempo de Hubble é de $H_0^{-1} = 17,7 \times 10^9 \text{ anos}$.]. Tempo de projeção. Cin. 1. Tempo decorrido na projeção de um filme; duração. [Cf. metragem (3)]. Tempo de relaxação. Fis. 1. Intervalo de tempo necessário para que um sistema afastado de sua posição de equilíbrio retorne a essa posição sem a ação de agentes externos. Tempo de residência. Eng. Ind. 1. Intervalo de tempo em que um material permanece no interior de um componente determinado de um equipamento. Tempo de resolução. Fis. 1. Num dispositivo contador de impulsos, intervalo de tempo mínimo que deve separar dois impulsos consecutivos para que o dispositivo os registre como dois acontecimentos distintos. Tempo de resposta. Inform. 1. Tempo transcorrido desde o instante em que uma mensagem é gerada num terminal (q. v.), até o instante em que é recebida a correspondente mensagem de resposta. É o tempo que um sistema precisa para reagir a uma determinada entrada. Tempo de sangramento. Hemat. 1. O período de tempo que dura a hemorragia que é provocada por punção, padronizada e controlada, em área escolhida, como, p. ex., lobo de orelha. Tempo de vida. Quím. 1. Tempo necessário para que se reduza a 36,79% a concentração de uma substância ou a intensidade de um fenômeno. Tempo de voo. Fis. Part. 1. Tempo decorrido entre o instante em que uma partícula deixa uma fonte e o instante em que ela atinge o detector. (...) Tempo local. Cronol. 1. Tempo relativo a um ponto da superfície da Terra. Tempo morto. Automat. 1. Intervalo de tempo entre o início de um sinal de entrada e o início do sinal de saída que lhe corresponde num transdutor. 2. Intervalo de tempo decorrido entre o instante em que se toma uma decisão e aquele em que a decisão surte efeito. Tempo próprio. Fis. 1. O tempo medido num referencial solidário com uma partícula. Tempo real. Inform. 1. Designação de certa modalidade de processamento cujo resultado é obtido em um curto espaço de tempo após a entrada dos dados, e que, portanto, é suficientemente rápido para poder acompanhar o curso de certos eventos variantes no tempo. Tempo relativo. E. Ling. 1. Tempo (9) que localiza uma situação em relação a um ponto de referência estabelecido no discurso, e que não é, necessariamente, o presente da enunciação. [Em quando você chegar, eu já terei saído, o verbo sair tem como ponto de referência algum ponto no futuro, e chegar situa-se temporalmente em relação a sair.]. Tempos fabulosos. 1. Tempos muito recuados, dos quais a mitologia pagã representa a vaga tradição. Tempo sideral. Astr. 1. Tempo cuja medida se baseia na rotação terrestre, tomando-se para referência a passagem do ponto vernal pelo meridiano superior local. Tempo simples. E. Ling. 1. O que se conjuga sem um verbo auxiliar. Tempo solar médio. Astr. 1. Tempo baseado na rotação diurna de um astro fictício, o sol médio, em torno da Terra, movimento esse que se processa com velocidade variável. Tempo solar verdadeiro. Astr. 1. Tempo baseado na rotação diurna aparente do Sol em torno da Terra, movimento esse que se processa com velocidade variável. Tempo universal. Astr. 1. Tempo referido a um meridiano origem, que, por

sendo, portanto, necessário esclarecer qual o sentido empregado pelo CPC. Pois bem, em sentido processual, tempo designa o período de fluência de um prazo, no qual os atos processuais devem ser praticados, via de regra, sob pena de preclusão, bem como o período de tramitação de uma demanda abrangendo desde a sua propositura até o seu final encerramento. O período inicial que demarca a fluência do prazo denomina-se de ‘termo *a quo*’ e o que delimita a sua extinção chama-se de ‘termo *ad quem*’. O prazo, assim, é espaço temporal entre dois termos.¹⁰²¹

Ao tratar do ‘tempo’ processual, o código disse no artigo 172 que: *os atos processuais realizar-se-ão em dias úteis, das 6 (seis) às 20 (vinte) horas*. Considerando que o artigo 175, designou como feriados, para efeito forense, apenas os domingos e os dias declarados por lei, os sábados, conseqüentemente, foram incluídos dentre os *dias úteis*, de modo que não há óbice à realização, por exemplo, de uma citação em tais dias. Mas apesar disso, a ocorrência de um ato processual aos sábados não implica na fluência do prazo, a despeito do que normalmente acontece nos dias úteis de segunda a sexta-feira.¹⁰²² O limite das 20 (vinte) horas admite exceção, dès que os atos tenham se iniciado antes e que o adiamento prejudique a diligência ou possa causar grave dano. Exceção à regra dos dias úteis vem concedida no § 2º do mesmo dispositivo, que faz menção à citação e à penhora para permitir sua prática, em casos excepcionais, e mediante autorização expressa do juiz,

convenção, é o meridiano de Greenwich. A tempo. 1. No momento próprio; em boa hora; oportunamente. 2. Ainda em tempo (2); ainda a horas; A tempo e a hora. 1. Em ocasião oportuna, apropriada; no momento adequado; a tempo e a horas; A tempo e a horas. 1. A tempo e a hora; A um só tempo. 1. A um tempo só. A um tempo só. 1. Ao mesmo tempo; a um só tempo; Dar tempo ao tempo. 1. Esperar com paciência e confiança por uma solução, um resultado, etc., que virá com o passar do tempo. Desabar o tempo. Bras. Pop. De tempo a tempo. 1. De quando em quando; de vez em quando; de vez em vez; de tempo em tempo; de tempos a tempos. De tempo em tempo. 1. V. de tempo a tempo. De tempos a tempos. 1. V. de tempo a tempo; Em dois tempos. 1. Muito rapidamente; num abrir e fechar de olhos. Em tempo de. 1. Em risco de; a ponto de; a pique de. Em tempo recorde. Bras. 1. O mais depressa possível; acima de qualquer prognóstico de tempo...”

¹⁰²¹ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. p. 296. Segundo Frederico Marques: “Prazo é o espaço de tempo para o ato processual ser praticado. Termo é o momento processual fixado no tempo, para designar: a) o instante da prática do ato; b) o momento inicial (termo ou dies a quo) ou o momento final (termo ou dies ad quem) de um prazo”. MARQUES, José Frederico, op. cit. p. 368.

¹⁰²² Este é o entendimento esposado por Theotonio Negrão, baseado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, vide op. cit. em nota nº 01 ao artigo 172. A propósito, vejamos o que decidiu a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 122025 (97.15365-7) – Pernambuco. Relator: O Sr. Ministro Barros Monteiro. Ementa: *Citação. Ato realizado num sábado. Validade. Para a realização de atos processuais externos, o sábado é considerado dia útil. Apenas é tido como dia não-útil para efeito de contagem de prazo, uma vez que nele, normalmente, não há expediente forense. Recurso especial não conhecido. Ibidem.*

em domingos e feriados, ou nos dias úteis, fora do horário normal. Mas como o artigo 823 manda que se aplique ao seqüestro as disposições gerais do arresto, e como o artigo 821 diz que as disposições pertinentes à penhora se aplicam em relação ao arresto, logo, o que foi dito sobre a penhora se aplica ao arresto e ao seqüestro.¹⁰²³

Mas sempre deve ser observado o disposto no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal, que salvaguarda a casa como asilo inviolável do indivíduo, não permitindo que ninguém nela penetre sem prévio consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, *durante o dia*, por determinação judicial. Apesar de a lei haver excepcionado apenas a citação e a penhora, a enumeração legal não é, porém, taxativa, tendo a jurisprudência permitido que outros atos sejam também praticados se devidamente autorizados pelo juiz. É de se concluir, portanto, que a ‘utilidade’ do sábado é relativa: nele, atos processuais podem ser praticados, mas sem acarretar a fluência dos prazos.

O § 3º do artigo 172 impõe dever às partes de apresentar suas petições no protocolo, dentro do horário de expediente, nos termos da lei de organização judiciária local, sempre que o ato deva ser praticado em prazo determinado. Com base nessa regra o Supremo Tribunal Federal admite a interposição de recurso fora do horário normal, se o protocolo estiver aberto.¹⁰²⁴ Observe-se que o artigo 172 manda que as petições sejam entregues dentro do prazo, **no protocolo**. Mas se se tratar de apresentação de rol de testemunhas, o artigo 407, cujo conteúdo foi alterado pela lei 10.358/01, determina às partes, no prazo que o juiz fixará ao designar a data da audiência, depositar **em cartório** o rol de testemunhas, precisando-lhes o nome, profissão, residência e o local de trabalho; omitindo-se o juiz, o rol será apresentado até dez dias antes da audiência. A jurisprudência entende que **em cartório** difere de **no protocolo**, de modo que o rol de testemunhas deve

¹⁰²³ MARQUES, José Frederico, op. cit. p. 367.

¹⁰²⁴ "Não é de ser considerado intempestivo o recurso, se esse foi protocolado no cartório do Tribunal no último dia do prazo, após o expediente forense. É de presumir-se que o funcionamento da Secretaria fora estendido além da hora prevista, ou que, cerradas as portas do protocolo daquela Corte às 18 horas, as partes que lá estavam foram admitidas a permanecer no recinto para efetivarem a entrega da peça". (STF-2ª Turma, RE 188.349-9-EDcl, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 29.11.96, rejeitaram os embargos, v.u., DJU 11.4.97, p. 12.204). NEGRÃO, Theotonio, op. cit. nota nº 11b, ao artigo 172.

estar ‘*em cartório*’ no prazo que o juiz fixar, ao designar data para audiência, ou, se se omitir, em dez dias antes.¹⁰²⁵

Também durante as férias forenses não se praticam atos processuais, mas, por exceção, o artigo 173 permitiu a realização da produção antecipada de provas e da citação, colimando evitar o perecimento de direito; e bem assim o arresto, o seqüestro, a penhora, a arrecadação, a busca e apreensão, o depósito, a prisão, a separação de corpos, a abertura de testamento, os embargos de terceiro, a nunciação de obra nova e outros atos análogos. De toda sorte, o prazo para a resposta do réu só começará a correr no primeiro dia útil seguinte ao feriado ou às férias. Depois, o artigo 174 admitiu o processamento durante as férias de atos de jurisdição voluntária, bem como os necessários à conservação de direitos, quando possam ser prejudicados pelo adiamento e ainda das causas de alimentos provisionais, de dação ou remoção de tutores e curadores e as que tramitam pelo rito sumário e todas as demais que a lei federal determinar.

8. Dos princípios que regem os prazos processuais.

Os prazos orientam-se pelos seguintes princípios processuais:¹⁰²⁶

Princípio da **paridade de tratamento**, ou seja, os prazos devem ser os mesmos para ambas as partes, o código de processo civil, entretanto, abriu exceções, como: a do

¹⁰²⁵ A história da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal demonstra que o entendimento de que o prazo para a apresentação do rol de testemunhas conta-se da sua apresentação em cartório remonta aos idos de 1950, quando o processo civil ainda era regido pelo CPC de 1939, vejamos: RE16536 -- RELATOR: MIN:097 -Ministro Hahnemann Guimarães. Julgamento: 1950/08/22. Sessão: 02 - Segunda Turma. DJ - data-15-07-52 PG. Ementa: Não cabe recurso extraordinário de acórdão que averiguou somente não ter sido dada quitação em certo documento. Não podem depor as testemunhas cujo nome, profissão e domicílio não constem de **rol depositado em cartório** dois dias, pelo menos, antes do dia designado para a audiência de instrução, e não do dia para o qual se haja diferida esta audiência”. Cf. Informa – Prolink Software.

¹⁰²⁶ Moacyr Amaral Santos considera que os princípios da paridade de tratamento e o da brevidade informam o ‘processo’, ao passo que os princípios da continuidade, utilidade, peremptoriedade e preclusão, é que integrariam a teoria dos prazos. SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. p. 302-3. Porém, apesar de considerarmos adequada tal doutrina preferimos acoplar todos os princípios supra como aplicáveis aos prazos, posto que o que se refere a prazo também abrange o processo e vice-versa.

artigo 188, que concede ao ministério público e à fazenda pública prazo em dobro para recorrer e ajuizar ação rescisória; e em quádruplo para contestar; a do artigo 182, que veda às partes, ainda que todas estejam de acordo, reduzir ou prorrogar os prazos peremptórios, mas permite ao juiz prorrogar quaisquer prazos, nas comarcas onde for difícil o transporte, desde que não exceda o limite de 60 (sessenta) dias, exceto em caso de calamidade pública, onde poderá ser excedido aquele limite; outro exemplo é o caso do artigo 191, que ao falar sobre o litisconsórcio mandou contar em dobro os prazos para contestar, para recorrer e, de modo geral, para falar nos autos, quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores; outra hipótese é a dos defensores públicos, pois a lei 1.060/50 determina no artigo 5º, § 5º, que nos Estados nos quais a assistência judiciária for organizada e por eles mantida, o defensor público, ou quem exerça cargo equivalente, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as instâncias, contando-se-lhes em dobro todos os prazos.

O segundo princípio a orientar os prazos é o da **brevidade**, pelo qual o processo deve encerrar-se no menor prazo possível.

O **princípio da continuidade** é previsto no artigo 178 e determina que o prazo, estabelecido pela lei – chamado por esse motivo de prazo legal – ou pelo juiz – denominado, assim, de prazo judicial –, é contínuo, não se interrompendo – nem se suspendendo¹⁰²⁷ – nos feriados. O artigo seguinte diz que a superveniência de ‘férias’ suspenderá o curso do prazo e o restante que lhe sobejar recomeçará a correr do primeiro dia útil seguinte ao termo das férias, excluindo-se o sábado, todavia. Note-se que o artigo 178 fala de ‘feriados’, ao passo que o 179 refere-se a ‘férias’, bem a propósito a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça já esclareceu que não se consideram férias os feriados contínuos.¹⁰²⁸

¹⁰²⁷ Muito bem observa Theotônio Negrão ao comentar o artigo 178, vide mesma obra citada.

¹⁰²⁸ No julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 39.625-8-RJ, (reg. Nº 93.0017371-5), que teve como relator: o Sr. Ministro Antônio Torreão Braz, o Superior Tribunal de Justiça decidiu: Ementa: - “Agravo regimental. - Os feriados contínuos não são considerados férias para o efeito do que prescreve o art. 179 do CPC. - Agravo improvido”. Vejamos trecho do voto do Ministro Relator: “A jurisprudência do STJ contraria a pretensão da agravante, pois orienta-se no sentido de que feriados contínuos não se consideram férias, sendo inaplicável a regra de suspensão dos prazos do art. 179 do CPC, com exceção única da hipótese prevista no art. 62, inciso i, da lei nº 5.010/66. O precedente consta do despacho agravado. Isto posto, nego provimento ao agravo.

O artigo 180 manda suspender o curso do prazo por obstáculo criado pela parte, bem como se ocorrer a morte ou perda da capacidade processual de qualquer das partes, de seu representante legal ou de seu procurador, ou quando for oposta exceção de incompetência do juízo, da câmara ou do tribunal, e também nos casos de suspeição ou impedimento do juiz. Em se verificando uma dessas possibilidades o prazo será restituído por tempo igual ao que faltava para a sua complementação. Situações outras ocorrem que também podem justificar a devolução do prazo restante às partes, tais como eventos extraordinários como greve dos servidores da justiça, por exemplo, desde que reste dificultado o serviço de recebimento de protocolo de petições. Mas é sempre importante ressaltar que a jurisprudência imputa à parte interessada a prova do impedimento, ou obstáculo para a prática do ato, ou seja, a demonstração do fechamento do fórum ou a paralisação dos serviços forenses.

Princípio da utilidade, diz que os prazos devem conter tempo suficiente para a prática segura do ato, assim: o artigo 189, como vimos, faculta ao juiz os prazos de: dois dias para prolatar despachos de expediente; e dez dias para proferir ‘decisões’, sendo oportuno lembrar que o prazo de dez dias aplica-se tanto para sentenças quanto para decisões interlocutórias, a bem da interpretação sistêmica do artigo 162 c/c o 189; o artigo 297 faculta ao réu o prazo de quinze dias para oferecer, em petição escrita,¹⁰²⁹ dirigida ao juiz da causa, contestação, exceção e reconvenção; o artigo 508 possibilita àquele que sofrer prejuízo o prazo de quinze dias para interpor os recursos de apelação, embargos infringentes, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário e embargos de divergência; o 522 admite o agravo em dez dias; o 495 faculta o manejo da ação rescisória no prazo de dois anos, contados do trânsito em julgado da decisão, etc.

O princípio da utilidade envolve o **princípio da inalterabilidade**, o qual veda ao juiz alterar os prazos legais. Este princípio, por sua vez, vincula-se: ao **princípio da improrrogabilidade e ao da irredutibilidade**, isto é, ao juiz não é permitido prorrogar ou reduzir prazos processuais.¹⁰³⁰ Todavia, estes dois últimos princípios admitem a exceção prevista pelo 181, segundo o qual, podem as partes, de comum acordo, reduzir ou prorrogar

¹⁰²⁹ No sumário e nos juizados a defesa pode ser oral.

¹⁰³⁰ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. vol. I, p. 303.

o ‘prazo dilatatório’, dêz que requeiram, conjuntamente, antes do vencimento do prazo, provado motivo legítimo, pois em caso contrário a convenção dilatatória será ineficaz. Neste caso o juiz fixará o dia do vencimento do prazo da prorrogação e as custas acrescidas ficarão a cargo da parte em favor de quem foi concedida a prorrogação. Considerando o disposto no artigo 181 cabe-nos distinguir os prazos **dilatatórios** e **cogentes**: aqueles são fixados por normas dispositivas admitindo, assim, a prorrogação; estes são postos por norma cogente inadmitindo, dessa forma elastérios judiciais.¹⁰³¹ E quando não houver preceito legal nem assinação pelo juiz, será de 5 (cinco) dias o prazo para a prática de ato processual a cargo da parte (artigo 185). De acordo com o Superior Tribunal de Justiça são peremptórios os prazos recursais, que, por isso mesmo, não admitem dilação por convenção das partes.¹⁰³² É por esse motivo que o prazo recursal não se suspende mesmo que haja requerimento de homologação de acordo, que se não for homologado *a posteriori*, conseqüentemente, quem não recorrer numa tal hipótese sofrerá os efeitos da preclusão. São também peremptórios os prazos: para a defesa; para manifestação sobre incidente de falsidade; para nomear bens à penhora; para opor embargos à execução; para apresentar declaração de crédito na ação de insolvência; para a propositura da ação principal em havendo concessão de medida cautelar.¹⁰³³ Ao dispor sobre os prazos peremptórios o artigo 182 – como vimos - vedou às partes, mesmo que todas estejam de acordo, reduzir ou prorrogar os prazos peremptórios, mas, apesar disso, facultou *ao juiz* prorrogar quaisquer prazos, sem nunca exceder a 60 (sessenta) dias, nas comarcas onde for difícil o transporte. E nas hipóteses de calamidade pública – reitere-se -, o juiz poderá prorrogar quaisquer prazos mesmo que excedendo aquele limite legal.

¹⁰³¹ A doutrina italiana de Liebman oferece a seguinte taxonomia sobre os prazos: “*Eles se distinguem em dilatatórios (ou intermédios), que devem transcorrer antes que se possa realizar determinado ato (p. ex., o prazo para o comparecimento – art. 163-bis); e aceleratórios, dentro dos quais o ato pode ser realizado (p. ex., os prazos para recursos – art. 325). Por sua vez, os prazos aceleratórios dividem-se em ordinatórios e peremptórios. Os primeiros têm o escopo de regular as atividades do andamento normal do processo, mas a sua inobservância não produz, por si só, a decadência da faculdade de realizar o ato retardado (nem, pois a ineficácia do ato realizado depois do vencimento do prazo) (...) Já os prazos peremptórios não podem em caso algum ser abreviados ou prorrogados e o seu decurso importa em decadência da possibilidade de realizar o ato*”. LIEBMAN, op. cit. p. 233.

¹⁰³² Neste sentido decidiu este tribunal no julgamento do REsp nº 10.864-0 – SP, tendo como relator o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo, vejamos. Ementa: “*Processo Civil. Fluência de prazo recursal. Suspensão/Interrupção. Convenção das partes. Arts. 180, 182, e 265, II, CPC. Doutrina. Recurso desacolhido. Às partes, por convenção, não se faculta suspender prazo recursal, haja vista que peremptório*”. NEGRÃO, Theotonio, op. cit. nota ao artigo 181.

¹⁰³³ Confira-se NEGRÃO, Theotonio, op. cit. nota nº 01-b, ao artigo 181.

Princípio da peremptoriedade, perimir significa encerrar, logo, este princípio diz que os prazos terminam fatalmente no dia do vencimento. Tem previsão legal no artigo 183, que decreta a extinção do direito de a parte praticar o ato processual com o decurso do prazo, independentemente de declaração judicial, embora ressalve à parte a faculdade de provar que o não realizou por justa causa, ou seja, em razão de um evento imprevisto, alheio à sua vontade e que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário. Neste caso, isto é, provada a justa causa, o juiz pode permitir a prática do ato no prazo que assinar. Segundo o Superior Tribunal de Justiça a prova da justa causa incumbe à parte que pretende beneficiar-se, devendo desincumbir-se desse ônus ainda na fluência do prazo ou em até cinco dias, no máximo, contados a partir da cessação do impedimento justificador da perda do prazo.¹⁰³⁴ **Princípio da preclusão** – se perimir significa encerrar, precluir importa na perda de um direito ou faculdade não exercida no prazo legal. Este princípio confunde-se, na verdade, com o da peremptoriedade, mas de toda sorte diz que se a parte deixar escoar um prazo sem praticar o ato perde o direito de praticá-lo.¹⁰³⁵

9. Da contagem e o problema da “prorrogação” dos prazos decadenciais.

O código é expresso ao determinar no artigo 184 o cômputo dos prazos, excluindo-se o dia do começo e incluindo-se o do vencimento, enquanto regra, que somente não será aplicada mediante a determinação expressa em sentido contrário. Em qualquer caso, o prazo considerar-se-á prorrogado até o primeiro dia útil se o vencimento cair em feriado ou em dia em que for determinado o fechamento do fórum (nos sábados inclusive), ou se o expediente forense for encerrado antes da hora normal. O Supremo Tribunal Federal mantendo entendimento já firmado durante a vigência do código civil de 1916 e do CPC de

¹⁰³⁴ Vejamos o acórdão do Superior Tribunal de Justiça proferido no Agravo Regimental de Agravo de Instrumento nº 48.117-4-SP, (reg. Nº 94.0003101-7). Relator: Exmº. Sr. Ministro Pedro Acioli. Ementa: *Processo civil. Prazo. Intempestividade. Justa causa. Comprovação. I - A alegação de justa causa, suficiente para relevar a intempestividade do recurso, deve ser devidamente comprovada. II - Comprovação deve ser realizada durante a vigência do prazo ou até cinco dias após cessado o impedimento, sob pena de preclusão. III - Agravo regimental improvido.*

¹⁰³⁵ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. p. 302 e segs.

1939, considera que mesmo que se trate de prazo decadencial em recaindo o seu termo final em dia não útil deve-se considerar prorrogado até o primeiro dia útil imediato, isto é, aquele dia em que houver expediente forense normal.¹⁰³⁶

Mas uma coisa é admitir que os prazos decadenciais prorrogam-se, quando o seu termo *ad quem* recair em dia feriado. Outra coisa é a interrupção da decadência em razão da propositura da ação em tempo hábil. Os prazos decadenciais prorrogam-se mas não se interrompem, a propositura da ação apenas impede a consumação da decadência.

As partes podem renunciar ao prazo estabelecido exclusivamente em seu favor, consoante estabelece o artigo 186, entretanto, apesar de esta regra ter feito referência à própria parte, o Superior Tribunal de Justiça considera que apenas o advogado cujo mandato confira poder de renúncia é que pode abrir mão, em nome da parte, do prazo estabelecido em seu favor, o que é totalmente correto porque, embora a parte tenha capacidade de estar em juízo (artigo 7º), a capacidade postulatória pertence aos advogados.¹⁰³⁷

10. Das espécies de prazos: de minutos, horas, dias, meses e anos.

O CPC regulou várias espécies de prazos, vejamos: 01- **prazo de minutos** – o artigo 454 manda que, ao final da instrução, o juiz franqueie a palavra aos advogados e ao

¹⁰³⁶ Confira-se acórdão proferido no julgamento dos Embargos no Recurso Extraordinário nº 86.741-4 – BA, que teve como relator o Sr. Ministro Oscar Corrêa. *Ementa. Prazo - Artigo 125, § 1º do Código Civil - O artigo 125, § 1º do C.C. firma princípio geral a ser obedecido: se o termo final de prazo recair em dia não útil, prorrogar-se-á até o primeiro dia útil seguinte, mesmo que seja de decadência dito prazo. ERE conhecidos, mas rejeitados.* Considerando que o expediente forense anormal equivale a dia feriado, tem-se o seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 11.234-SP, (Reg. nº 91.0010115-0). Relator: Sr. Ministro Eduardo Ribeiro *Ementa: Prazo - Início - Expediente forense encerrado prematuramente. Para efeito de início de contagem de prazos, deve ter-se como equiparado a dia não-útil aquele em que o expediente encerra-se anormalmente. Deste modo, o prazo começará a fluir do primeiro dia útil subsequente, em que haja expediente normal.*

¹⁰³⁷ Assim entendeu o Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 63.501-2 – SP, (Reg. nº 95.0016353-5). Relator: O Sr. Ministro Waldemar Zveiter. *Ementa: Processo Civil. Renúncia a recurso. Capacidade postulatória. Renúncia a recurso manifestada pela parte pessoalmente. Impossibilidade. Trata-se de ato estritamente processual, cuja prática exige capacidade postulatória. Recurso conhecido e provido.*

representante do MP, para alegações finais, pelo prazo de vinte minutos para cada um, prorrogável por mais 10 (dez), a critério do juiz. Também o artigo 554 determina ao presidente do órgão julgador, depois de feita a exposição da causa pelo relator, a concessão de prazo de quinze minutos para o recorrente e o recorrido apresentarem, respectivamente, suas sustentações orais, sempre que o recurso em pauta não seja embargos declaratórios ou agravo de instrumento.¹⁰³⁸ 02- **prazo de horas** – o artigo 190 impõe ao serventuário da secretaria do juízo a remessa dos autos conclusos no prazo de 24 (vinte e quatro) horas e para executar os atos processuais no prazo de 48 (quarenta e oito) horas. Também o artigo 652 diz que o devedor será citado para, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, pagar ou nomear bens à penhora. 03- **prazo de dias** – o artigo 297 exemplifica esta hipótese ao estabelecer o prazo de 15 (quinze) dias para o oferecimento de contestação, exceção e reconvenção. 04- **prazo de meses** – segundo o artigo 1165, a sentença que determinar a abertura da sucessão provisória só produzirá efeito 6 (seis) meses depois de publicada pela imprensa. Importa registrar que a lei nº 810/49 regulamentou o assunto dispondo que: “*considera-se mês o período de tempo contado do dia do início ao dia correspondente do mês seguinte*”. 05- **prazo de ano** - o artigo 1161 concede prazo de um ano para a publicação de editais, após a arrecadação de bens do ausente. Para fins de contagem deste prazo mais uma vez deve-se recorrer a lei nº 810/49, que considera ano o período de doze meses contados do dia do início ao dia e mês correspondentes do ano seguinte.

11. Do lugar dos atos processuais. Atos praticados dentro e fora da sede do juízo: a questão da deferência; do interesse da justiça; e do obstáculo argüido pela parte.

O código de processo civil reservou apenas um único dispositivo, na seção própria (seção II do capítulo II deste mesmo título), para tratar do lugar dos atos processuais: o artigo 176 manda que a sua realização (dos atos) ocorra ordinariamente na ‘sede do juízo’, mas, ao mesmo tempo, permitiu sua prática em outro lugar, em razão de:

¹⁰³⁸ Diga-se, agravo de uma maneira geral.

01- **deferência** - exemplo de deferência vem regulado pelo artigo 411, que determina a inquirição de várias autoridades em sua residência ou onde exercem a sua função. As autoridades são as seguintes: o Presidente e o Vice-Presidente da República; o Presidente do Senado e o da Câmara dos Deputados; os ministros de Estado; os ministros do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça,¹⁰³⁹ do Superior Tribunal Militar, do Tribunal Superior Eleitoral, do Tribunal Superior do Trabalho e do Tribunal de Contas da União; o procurador-geral da República; os senadores e deputados federais; os governadores dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal; os deputados estaduais; os desembargadores dos Tribunais de Justiça e os Regionais Federais, os juízes dos Tribunais de Alçada, os juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho e dos Tribunais Regionais Eleitorais e os conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal; o embaixador de país que, por lei ou tratado, concede idêntica prerrogativa ao agente diplomático do Brasil. Estas autoridades têm o privilégio de, antes de serem ouvidas como testemunhas, receberem solicitação do juiz a fim de designarem (elas, autoridades) dia, hora e local para tal fim, devendo o juízo remeter-lhes cópia da petição inicial ou da defesa oferecida pela parte, que as arrolaram como testemunhas. Mas o rol do artigo 411 não é exaustivo, pois os juízes (LOMAN artigo 33, I), o representante do ministério público (lei orgânica do MP – lei 8625/93 – artigo 40, I) e os defensores públicos (artigo 44 da lei complementar nº 80/94, que organizou a carreira da defensoria pública da União Federal) também têm privilégios similares para serem ouvidos como testemunhas.

02- **interesse da justiça** – o artigo 440 ventila a possibilidade de o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa, podendo determinar esta providência em qualquer fase do processo. Mas a determinação de inspeção judicial nos moldes supra nada mais representa que atividade discricionária do magistrado, dessa forma o seu indeferimento não acarreta cerceio ao direito de defesa (RT 633/134).¹⁰⁴⁰

¹⁰³⁹ Embora fale a lei de Ministros do Tribunal Federal de Recursos, este órgão foi extinto pela Constituição Federal de 1988 e em seu lugar sobreveio o Superior Tribunal de Justiça.

¹⁰⁴⁰ Sobre o não cerceio ao direito de defesa veja-se NEGRÃO, Theotonio, op. cit. em nota nº 01, ao artigo 440.

03- obstáculo argüido pelo interessado e acolhido pelo juiz – apesar de as testemunhas deverem ser inquiridas pelo juiz da causa, salvo se residirem em comarca distinta da que tramita o feito, caso em que podem ser ouvidas por precatória, o artigo 410 possibilita que o próprio juiz que preside o processo desloque-se da sede de sua comarca para inquirir testemunhas que, por doença, ou outro motivo relevante, estejam impossibilitadas de comparecer em juízo. Esta regra é complementada pelo artigo 336, parágrafo único, que reforça a faculdade de o juiz designar dia e hora para inquirir testemunha que estiver impossibilitada de comparecer à audiência, mas não de prestar depoimento.

12. As cartas processuais e seus requisitos no CPC e nos juizados. A expedição das cartas e a suspensão do processo.

Em relação às cartas processuais, deve-se lembrar que a regra estabelecida pelo código de processo civil é a de que os atos processuais serão cumpridos por ordem judicial quando devam realizar-se dentro dos limites territoriais da comarca. Quando, porém, devam ocorrer fora dos limites territoriais da comarca devem ser requisitados por carta, como determina o artigo 200. Porém, o artigo 410 contempla hipótese de produção de prova de fora de terra prescindindo-se do recurso às cartas. Mas, ressalvado o caso do artigo 410, a regra do artigo 220 explica-se em face de o juiz apenas poder exercer a jurisdição dentro do território de sua comarca ou circunscrição judiciária. Portanto, somente em casos excepcionais deve-se admitir que atos processuais sejam praticados fora da demarcação territorial da comarca. E para o fim de se praticar ato processual fora dos limites da comarca, o CPC admite três espécies de cartas: de ordem, precatória e rogatória.

A **carta de ordem** deve ser expedida sempre que o juiz a quem competir o seu cumprimento for subordinado ao tribunal expedidor. Sempre que inexistir esta subordinação (que, aliás, deve ser entendida precisamente no sentido exclusivo de o juiz ‘integrar’ judiciário do tribunal deprecante, posto que o juiz não é subordinado à autoridade

alguma) e o ato a ser cumprido derivar de depreciação de autoridade judiciária brasileira para ser realizado no Brasil, deve-se utilizar a **carta precatória**. De modo que se uma ação tramitar pelo segundo grau e se for necessário o cumprimento de um ato processual fora do Estado ou da região na qual se situa o Tribunal, a carta adequada será a precatória e não a de ordem, simplesmente porque o juiz de outro Estado – no caso da justiça estadual – ou de outra região – no caso da justiça federal – não está subordinado ao tribunal deprecante – aquele que expede a carta.

A expedição de cartas precatórias de tribunal de um Estado para juiz de outro Estado ou região dispensa remessa para o respectivo tribunal do outro Estado ou da outra Região, podendo ser dirigida diretamente ao juiz de primeiro grau da comarca na qual deva a diligência ser cumprida. Na prática, entretanto, alguns tribunais remetem a precatória para outros tribunais, para que estes determinem a sua distribuição no juízo de primeiro grau competente para o cumprimento. Esta atitude agride o princípio da economia processual, pois se ganha tempo enviando-se a carta diretamente para o juízo competente. Tal providência somente não deve ser admitida quando o juízo competente para o cumprimento da diligência for o próprio tribunal deprecado, v.g. das ações de competência originária dos tribunais.

Diferentemente, quando a autoridade deprecante for estrangeira deve-se socorrer da **carta rogatória**, do mesmo modo quando o ato deva ser praticado fora do território nacional também será a rogatória o mecanismo correto, ou seja, quando a carta for dirigida à autoridade judiciária estrangeira. Fala-se, assim, em **rogatória ativa** quando quem a expedir for a autoridade judiciária brasileira – estadual ou federal -, que se denomina de rogante pelo fato de *rogar* o cumprimento de certo ato processual. Em sentido recíproco fala-se em **rogatória passiva**, quando for expedida por autoridade judiciária estrangeira (juiz ou tribunal), caso em que esta será a rogante, e, rogada, sempre, a justiça federal brasileira.¹⁰⁴¹

O CPC estabeleceu alguns requisitos essenciais para as três espécies de cartas processuais, são eles: a indicação dos juízes de origem e de cumprimento do ato; o inteiro

¹⁰⁴¹ Disse-se justiça federal brasileira porque os juízes federais são os competentes para cumpri-las.

teor da petição, do despacho judicial e do instrumento do mandato conferido ao advogado; a menção do ato processual, que lhe constitui o objeto; o encerramento com a assinatura do juiz. Estas exigências foram determinadas pelo artigo 202 de modo comum às precatórias, cartas de ordem e rogatórias, mas, em relação a estas últimas inúmeros outros requisitos são impostos pelos países rogados, como logo mais adiante veremos. Certo é que a ausência de um desses requisitos acarreta a consequência processual da recusa do cumprimento. Esta, segundo o artigo 209, pode ocorrer, motivadamente, quando: não estiver revestida dos requisitos legais; o juízo deprecado ou rogado carecer de competência em razão da matéria ou da hierarquia, ou quando tiver dúvida acerca de autenticidade da carta.

Nos juizados especiais cíveis a prática de atos processuais para além dos limites territoriais da comarca dispensa a expedição de carta precatória, pois a lei 9.099/95 declarou que os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais forem realizados, não devendo ser pronunciada qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo, tendo o § 2º do artigo 13 esclarecido que *‘a prática de atos processuais em outras comarcas poderá ser solicitada por qualquer meio idôneo de comunicação’*. É interessante observar que a lei não usou o verbo *‘deverá’* mas sim *‘poderá’*, assim, interpretando-se este dispositivo em confrontação com o artigo 18 da mesma lei chega-se à conclusão de que, pelo menos em relação ao ato citatório, pode o oficial de justiça proceder à citação fora dos limites territoriais da comarca na qual estiver situado o juizado.¹⁰⁴²

Quanto à suspensão do processo, no caso do CPC é possível que a expedição de uma carta processual acarrete a suspensão do feito em andamento. É o que acontece quando

¹⁰⁴² A esse respeito Theotônio Negrão proferiu o seguinte comentário: *Dispensa-se, portanto, a carta precatória (CF. art. 18-III). O texto dá a entender que, de uma comarca para outra, o juizado especial somente pode agir por solicitação do magistrado ou do serventuário ao colega, o que não parece exato. Nada obsta a que as normas de organização judiciária permitam que atos de funcionários do juizado especial de uma comarca sejam praticados em comarca vizinha; tal providência pode até ser mais rápida e mais segura que "qualquer meio idôneo de comunicação".* Veja-se NEGRÃO, Theotônio, op. cit. nota nº 04 ao artigo 13 da lei 9.099/95. Com efeito, prescreve o artigo 18 da lei 9.099/95, que: *A citação far-se-á: I - por correspondência, com aviso de recebimento em mão própria; II - tratando-se de pessoa jurídica ou firma individual, mediante entrega ao encarregado da recepção, que será obrigatoriamente identificado; III - sendo necessário, por oficial de justiça, independentemente de mandado ou carta precatória.*

as cartas¹⁰⁴³ são expedidas antes do saneamento do processo (artigo 338), neste caso a sentença de mérito não poder ser proferida, nos termos da alínea b, do inciso IV do artigo 265, senão depois de verificado determinado fato, ou de produzida certa prova, requisitada a outro juízo. Tal suspensão, todavia não pode exceder o prazo de um ano, pois conforme o § 5º do artigo 265: *Nos casos enumerados nas letras "a", "b" e "c" do número IV, o período de suspensão nunca poderá exceder 1 (um) ano. Findo este prazo, o juiz mandará prosseguir no processo.* Entretanto, a despeito disto, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que o juiz pode sentenciar se a demora no cumprimento da carta derivar de desídia da parte interessada.¹⁰⁴⁴ Apesar de o artigo 338 vincular a eficácia suspensiva das cartas ao requerimento antes do saneamento do feito, não há óbice a impedir o deferimento quando requerida após este momento.¹⁰⁴⁵ A lei não estipulou como momento-limite para gerar o efeito suspensivo a ‘expedição’ da carta antes do saneamento, mas exigiu apenas que fosse ‘requerida’, não expedida, antes do saneamento. Portanto, podem as cartas ser expedidas após o saneamento se requeridas antes e também poderão ser juntas aos autos até o julgamento final.

**12.1. Dos requisitos e do procedimento para expedição de rogatórias:
a Convenção Interamericana do Panamá e a Portaria nº 26/90 do Ministério
das Relações Exteriores.**

A admissibilidade e a forma de cumprimento da carta rogatória obedecerá ao disposto na convenção internacional, quando existente, e, à falta desta, deve ser remetida

¹⁰⁴³ Observe-se que o artigo 338 apenas refere-se às rogatórias e precatórias, mas o dispositivo também se aplica às cartas de ordem. Neste sentido, com inteira razão, veja-se NEGRÃO, Theotonio, op. cit. nota nº 02 ao artigo 338.

¹⁰⁴⁴ Foi o que restou deliberado no Agravo de Instrumento nº 99.030 (AgRg) – MG. (Primeira Turma). Relator: O Sr. Ministro Soares Muñoz. *Ementa: Precatória. Seu deferimento para ser cumprida antes da data designada para a realização da audiência de instrução e julgamento. Falta de providências da parte, que, inclusive, deixou de pagar as custas para a realização das diligências. Legalidade do encerramento da instrução. Recurso extraordinário não admitido. Agravo regimental a que se nega provimento.* Vide www.stf.gov.br.

¹⁰⁴⁵ Sobre a possibilidade de expedição de precatória depois do saneamento veja-se NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria, op. cit. p. 844.

para a autoridade judiciária estrangeira, por via diplomática, depois de traduzida para a língua do país em que há de se praticar o ato. Primeiramente, a rogatória deve ser enviada pelo juiz rogante para o Ministério da Justiça, que a remeterá para o Ministério das Relações Exteriores e este a enviará para o juízo rogado, o que também pode exigir via diplomática no âmbito do país estrangeiro. Nas Américas vigora a convenção interamericana sobre cartas rogatórias, celebrada no Panamá, em 30 de janeiro de 1975, na I conferência especializada (interamericana) sobre direito internacional privado, e do seu protocolo adicional, concluído em Montevideu, em 8 de maio de 1979, aprovada pelo Congresso Nacional através do decreto legislativo nº 61/1995.¹⁰⁴⁶

Através da Portaria nº 26 de 14 de agosto de 1990,¹⁰⁴⁷ o Ministério das Relações Exteriores resolveu disciplinar o procedimento a ser adotado pelas autoridades judiciárias brasileiras quando pretenderem expedir rogatórias. A motivação encontrada nos ‘considerandos’ da dita portaria revela os desacertos durante o procedimento de expedição.¹⁰⁴⁸ Os juízes e tribunais rogantes devem enviar a carta com o original e uma cópia, em português, acompanhada de cópias dos documentos considerados indispensáveis. Faz-se necessário também a tradução, por tradutor juramentado, para o vernáculo do país rogado, tanto da rogatória quanto das demais peças que a instruírem e ainda de uma cópia

¹⁰⁴⁶ A seguir vejamos o seu texto integral: “Faço saber que o Congresso Nacional aprovou, e eu, José Sarney, Presidente do Senado Federal, nos termos do art. 48, item 28, do Regimento Interno, promulgo o seguinte DECRETO LEGISLATIVO Nº 61, DE 1995. Aprova os textos da Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias, celebrada no Panamá, em 30 de janeiro de 1975, na I Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado, e do seu Protocolo Adicional, celebrado em Montevideu, em 8 de maio de 1979. **O CONGRESSO NACIONAL decreta: Art. 1º** São aprovados os textos da Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias, celebrada no Panamá, em 30 de janeiro de 1975, na I Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado, e do seu Protocolo Adicional, celebrado em Montevideu, em 8 de maio de 1979. **Parágrafo único.** São sujeitos à apreciação do Congresso Nacional quaisquer atos que impliquem revisão da referida convenção, bem como quaisquer atos que, nos termos do art. 49, I, da Constituição Federal, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. **Art. 2º** Este decreto legislativo entra em vigor na data de sua publicação. Senado Federal, 19 de abril de 1995. SENADOR JOSÉ SARNEY, Presidente. Vide: www.itamaraty.gov.br

¹⁰⁴⁷ Publicada no DOU de 16.08.1990, Seção I, páginas 15523/15524.

¹⁰⁴⁸ Em dois desses considerandos está consignado: “Considerando a necessidade de se abreviar a formalização das Cartas Rogatórias para sua transmissão ao Ministério das Relações Exteriores, a fim de serem cumpridas nos Países destinatários; Considerando a urgência de evitar-se que o Ministério das Relações Exteriores restitua as Cartas Rogatórias ao Ministério da Justiça, por falta de elementos essenciais e, conseqüentemente, que as mesmas sejam devolvidas aos Juízes Rogantes, solicitando os dados básicos à efetivação das medidas judiciais no Juízo Rogado: resolvem determinar a divulgação da seguinte lista de condições que possibilitarão, sem maiores delongas, a transmissão, via diplomática, das Cartas Rogatórias aos Países destinatários:...”. Confira-se www.itamaraty.gov.br

da tradução, efetuada. Devem as cartas conter: nome e endereço completos da pessoa a ser citada, notificada, intimada ou inquirida no juízo rogado, bem como da pessoa responsável, no destino, pelo pagamento das despesas processuais, decorrentes do cumprimento da carta rogatória no país destinatário. Se a rogatória objetivar que alguém que se encontra ou reside no estrangeiro deva comparecer à audiência no Brasil, deve ser expedida com antecedência mínima de 240 (duzentos e quarenta) dias. Quando objetivar a inquirição de parte ou testemunha a rogatória deve conter as perguntas formuladas pelo juízo rogante também traduzidas, obviamente, e acompanhadas de cópia autêntica. E sempre que o interessado for beneficiário da justiça gratuita a carta deve conter esta anotação.¹⁰⁴⁹

12.2. Dos requisitos específicos para expedição e cumprimento de rogatórias nos Estados Unidos da América do Norte.

Se o país rogado for os Estados Unidos, algumas outras exigências, além das acima demonstradas, devem ser obedecidas por imposição do Departamento de Estado Norte-Americano, são elas: “a) devem ser fornecidos nome e endereço completos do destinatário da comunicação judicial; b) não existe gratuidade; c) a assistência de profissional apressa a execução das Cartas Rogatórias, embora não constitua pré-requisito; d) não é exigida a autenticação consular no País Rogante; e) nos casos de tomada de depoimento, é indispensável a formulação de quesitos pelo Juízo Rogante; f) somente serão aceitas para cumprimento as Cartas Rogatórias expedidas por Órgão do Poder Judiciário; g) não aceita Cartas Rogatórias referentes a medidas executórias: penhora; seqüestro; busca e apreensão; averbação; prisão - que deve ser feita pelo procedimento próprio - pedido de extradição; h) a homologação de sentença estrangeira depende da legislação do Estado; i) nas citatórias: cheque de US\$ 15.00 (quinze dólares) para cada uma das pessoas a ser citada, em favor de "Treasurer of the United States", expedido pela Seção de Câmbio de estabelecimento bancário, nacional ou estrangeiro sediado no Brasil, cujo prazo de validade

¹⁰⁴⁹ www.itamaraty.gov.br

é de dois meses - caso ultrapasse tal tempo deverá ser renovado; j) nas interrogatórias: cheque de US\$ 100,00 (cem dólares), em favor de "Brazilian Embassy", expedido pela Seção de Câmbio de estabelecimento bancário, nacional ou estrangeiro sediado no Brasil, cujo prazo de validade é de dois meses - caso ultrapasse tal período deverá ser renovado: como caução das custas - adianta-se que a diferença entre os US\$ 100.00 e as custas reais serão devolvidas ou cobradas a posteriori, conforme o caso; k) as custas, nas Cartas Rogatórias expedidas em processos movidos pelo Ministério Público, serão pagas pela Embaixada do Brasil em Washington (Verba de Manutenção de Chancelaria); l) nas Cartas Rogatórias Citatórias com data certa, a apresentação ao Departamento de Estado Norte-Americano só é aceita com pelo menos 45 (quarenta e cinco) dias de antecedência à data de audiência. Para maior segurança é recomendável que a audiência seja designada com antecedência de 240 (duzentos e quarenta) dias; m) nas interrogatórias, os quesitos deverão ser formulados pelo Juízo Rogante brasileiro e constar do traslado em português e da tradução para o inglês; n) em caso de citação, o Departamento de Estado Norte-Americano condiciona a transmissão das Cartas Rogatórias à concessão, à pessoa a ser citada, pelo Juízo Rogante, do prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para contestação, a contar do recebimento de comunicação judicial. Essa exigência não conflita, na prática, com os prazos estabelecidos pela lei brasileira, já que estes últimos só começam a ser contados a partir da data em que se juntar a Carta Rogatória cumprida aos autos de origem; o) indispensável 2 (dois) traslados originais da Carta Rogatória, incluindo a petição inicial e demais documentos julgados necessários pelo Juízo Rogante, em português; p) indispensável 2 (dois) traslados originais da tradução, por tradutor juramento, de todos os documentos integrantes da Carta Rogatória; q) necessárias 2 (duas) cópias dos traslados em português r) necessárias 2 (duas) cópias dos traslados da tradução para o inglês".¹⁰⁵⁰

12.3. Outras peculiaridades para a expedição e o cumprimento das rogatórias para o Paraguai e Suíça.

¹⁰⁵⁰ www.itamaraty.gov.br

As rogatórias expedidas para o Paraguai, com o objetivo de busca e apreensão de veículos, devem observar as regras do Decreto nº 97 560, de 08 de março de 1989. Este Decreto regulamentou o acordo celebrado pelo Brasil e pelo Paraguai sobre veículos roubados ou furtados e determina que, uma vez verificado o processamento normal das rogatórias, o Consulado-Geral do Brasil em Assunção deve ser instruído a gerir, junto à Alfândega paraguaia, a apreensão e a restituição do veículo descrito.

Em relação à Suíça a portaria em comento determinou o seguinte: “13- *tudo pedido de auxílio judiciário em matéria penal endereçado à Suíça, consoante indicações do Departamento Federal da Justiça e Polícia da Confederação Suíça, deve respeitar as condições e conter as indicações seguintes:* 13.1 - *Base legal:* a) *Convenção europeia de auxílio judiciário em matéria penal de 20 abril de 1959 / outro Acordo contendo as disposições sobre auxílio judiciário; ou b) Tratado bilateral; ou c) Declaração / acordo de reciprocidade.* 13.2 - *Autoridade requerente:* a) *designar a autoridade encarregada do inquérito ou da investigação penal; e b) indicar o órgão / a autoridade penal competente de onde se originou o pedido.* 13.3 - *Objeto do requerimento:* a) *inquérito ou procedimento penal iniciado perante uma autoridade judiciária; ou b) inquérito preliminar de uma autoridade encarregada da instrução das infrações dentro da medida ou se é possível fazer apelação ao juiz penal no curso do procedimento estrangeiro.* 13.4 - *Pessoas demandadas / culpadas:* a) *indicar, também, precisamente, de forma que possibilite a identificação da pessoa demandada / culpada (nome; prenome, nacionalidade, data e lugar de nascimento, profissão, endereço, etc.).* 13.5 - *Exposição dos fatos e qualificação jurídica:* a) *descrever os fatos essenciais, indicando o lugar, a data e a maneira pela qual a infração foi cometida. Quando o estado dos fatos for complexo ou se aconteceu em co-autoria, um resumo dos fatos principais; e b) indicar a qualificação jurídica dos fatos (assassinato, roubo, estelionato, etc.).* 13.6 - *Motivo do requerimento:* a) *demonstrar a relação do processo estrangeiro com as medidas solicitadas; b) indicar de forma precisa, as provas requeridas e as diligências solicitadas (bloqueio da conta x junto ao banco y); penhora / remessa dos documentos xy; oitiva da testemunhas, etc.); c) no caso de inquirir pessoas, elaborar um questionário; d) em caso de investigação, de busca, de penhora e de remessa, juntar um atestado da legalidade das medidas do Estado requerente (não se aplica aos Estados com os quais não existe acordo de auxílio judiciário em matéria penal)* 13.7 - *Aplicação do direito processual estrangeiro para a execução (exceção):* a) *mentonar a razão de se aplicar o dispositivo legal estrangeiro para a execução; e b) reproduzir o dispositivo legal em questão.* 13.8 - *Presença de pessoas participantes ao procedimento*

desde a execução (exceção): a)justificar a presença da pessoa desde a execução; e b)descrever de maneira precisa a identidade e a função da pessoa. 13.9 - Forma de requerimento: a)escrito: b)a legalização dos documentos oficiais não é necessária. 13.10 - Língua / tradução: a)redigir o requerimento na língua alemã, francesa ou italiana; ou b)juntar uma tradução em uma destas três línguas oficiais. 13.11 - Formas de remessa: a)por via diplomática ao " Office Fédéral de la Police du Département de Justice e Police à Berne ",a não ser que uma outra forma de remessa seja conveniente(por intermédio do Ministro da Justiça ou por correspondência direta com a autoridade requerida); b)em caso de urgência por intermédio da INTERPOL; o requerimento deve, então, ser confirmado, encaminhando o original pela via ordinária ao " Office Fédéral de La Police ".¹⁰⁵¹

12.4. Dos requisitos, incidentes e procedimento para a admissão e cumprimento das rogatórias no Brasil: a recusa do réu brasileiro à jurisdição estrangeira.

A concessão de exequibilidade às cartas rogatórias das jurisdições estrangeiras obedecerá, segundo o artigo 211 do código de processo civil, ao disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, devendo-se lembrar que o artigo 102, inciso I, alínea ‘h’ da Constituição Federal, atribuiu ao Supremo Tribunal Federal competência para ‘homologar’ sentenças estrangeiras e conceder o ‘*exequatur*’. Diz ainda a Constituição Federal (artigo 109, X) que a competência para processar o cumprimento de rogatórias e execução de sentenças estrangeiras pertence aos juízes federais de primeira instância.

Pois bem, em resumo, o cumprimento de rogatórias exige que elas sejam apresentadas ao Supremo Tribunal Federal, devendo o seu Presidente apor o ‘*exequatur*’ – que equivale ao ‘cumpra-se’ das precatórias. Esta competência do Presidente do STF é

¹⁰⁵¹ A Portaria nº 26/90 esclareceu ainda, no seu item nº 12 que: “a prestação de Alimentos no Estrangeiro é regida pela Convenção, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 10, de 1958, e promulgada pelo Decreto nº 56 826, de 02 de setembro de 1965, in Diário Oficial da União de 08 seguinte, sendo a Procuradoria-Geral da República a Autoridade Remetente e Instituição Intermediária”. Cf. www.itamaraty.gov.br

prevista pela Constituição Federal, que no artigo 102 reservou para a norma regimental a conferência desta atribuição, pois bem, o regimento interno do Supremo Tribunal Federal estabelece, pelo artigo 225, que: *competete ao Presidente do Tribunal conceder "exequatur" a cartas rogatórias de 'juízos' ou 'Tribunais' estrangeiros*. A propósito, deve-se consignar que nos casos de competência internacional relativa (artigo 88 do CPC)¹⁰⁵² o réu domiciliado no Brasil citado através de rogatória tem direito a recusar a jurisdição estrangeira. Muito embora isso não importe, necessariamente, em impossibilidade de sua citação.¹⁰⁵³

¹⁰⁵² Em se tratando de competência internacional exclusiva, o CPC não admite nem reconhece a jurisdição alienígena.

¹⁰⁵³ A esse respeito vejamos o acórdão, a seguir transcrito, proferido pelo Supremo Tribunal Federal em Embargos na Carta Rogatória 4.219 - Estados Unidos da América. (Tribunal Pleno). Relator: O Sr. Ministro Moreira Alves. *Ementa: Carta Rogatória. Em se tratando de lide cuja competência da autoridade judiciária brasileira é meramente relativa, a possibilidade de o interessado não aceitar a jurisdição estrangeira não obsta à concessão do "exequatur" para citação. Nessa hipótese, nada impede que, se o citado recusar expressamente sua submissão ao juízo rogante, se noticie a este essa recusa, acentuando-se que tal atitude é amparada pela ordem jurídica brasileira. Embargos rejeitados.* Considerando a importância do tema, vejamos o inteiro teor deste acórdão: "Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, rejeitar os embargos. Brasília, 4 de setembro de 1985 - Moreira Alves, Presidente. RELATÓRIO. O Sr. Ministro-Presidente Moreira Alves: Sobre a presente carta rogatória, visando à citação do ora embargante, assim se manifestou a Procuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Mauro Leite Soares: "1. Rogatória originária de processo civil, em curso no foro de Minnesota, Estados Unidos da América. 2. Cuida-se de promover a citação de Blomaco Agrícola S.A., sediada à Av. Ipiranga, 328, bloco B, 3º andar, Capital do Estado de São Paulo. 3. Nenhum motivo de impugnação por parte desta Procuradoria-Geral (Reg. Int. do STF., art. 226). 4. Pela concessão do "exequatur". Concedido o "exequatur", e citada a embargante, opôs esta, tempestivamente, embargos, sobre os quais a Procuradoria-Geral da República, ainda em parecer do Dr. Mauro Leite Soares, se pronuncia nestes termos: "1. A presente carta rogatória transitou, como é usual, pela via diplomática, tendo sido encaminhada à Augusta Presidência desse Tribunal por ofício do Ministro das Relações Exteriores. 2. Seu objeto, tal como expresso no texto rogatório, fls. 11, no parecer desta Procuradoria-Geral da República, fl. 17, e no próprio "exequatur" que se estampa às fls. 19, todas do processo em apenso, circunscreve-se à citação da pessoa jurídica sediada na Capital do Estado de São Paulo, em razão de ação de cobrança cambial em curso no foro de Minnesota, nos Estados Unidos da América. 3. Cumprida a diligência rogada, a empresa citada ofereceu os embargos de fls. 2/10, acompanhada dos documentos de fls. 13 e seguintes do primeiro volume, objetivando revogar o "exequatur", ao argumento de ser incompetente o juízo rogante para dirimir a controvérsia entre as partes, uma vez ser a embargante sediada em território nacional e aqui ter sido celebrado o contrato que a vinculava à autora da ação. 4. Improcedem os embargos, não obstante o zelo e a diligência com que se houve o ilustre patrono da embargante. 5. A circunstância de ser a embargante sediada em território nacional e aqui ter sido firmada a obrigação em causa, não exclui, em matéria de jurisdição internacional, a competência de tribunais alenígenas, desde que se trate de matéria estranha ao domínio do art. 89 do Código de Processo Civil, podendo, assim, ser prorrogável a competência da Justiça local. 6. Dessarte, não existe afronta à soberania nacional ou à ordem pública a citação de pessoa jurídica sediada no Brasil por parte de juízo estrangeiro, desde que observada a ressalva contida no item precedente (CC.RR. 3.110, 3.133, 3.136). 7. É, porém, norma do Ministério Público, quando a pessoa citanda

O brasileiro, nesses casos (artigo 88 do CPC) tem amparo no ordenamento jurídico nacional para rejeitar a jurisdição estrangeira, pois, em conformidade com o artigo 226 do RISTF, após o recebimento da rogatória – e antes da concessão do *exequatur* - o interessado que for residente no país será intimado, para, querendo, no prazo de cinco dias, impugná-la. Trata-se de um incidente cuja finalidade é verificar a possibilidade de indeferimento do cumprimento da carta.

A forma pela qual a intimação do interessado residente no Brasil deve ocorrer segue o prescrito no artigo 80 do mesmo regimento interno, ou seja, a critério do Presidente do Tribunal, pode ser feita tanto por servidor credenciado da Secretaria quanto por via postal, ou por qualquer modo eficaz de telecomunicação, com as cautelas necessárias à autenticação da mensagem e do seu recebimento. Do mesmo modo, a resposta também pode ser oferecida através de meio telemático, no prazo de cinco dias. O Ministério Público sempre deve ser ouvido neste procedimento, através do Procurador Geral da República, que também poderá impugnar o cumprimento da rogatória. É, porém, pressuposto para a admissão da impugnação, acatando-se a recusa ao cumprimento da rogatória, que a mesma atente contra a soberania nacional, contra a ordem pública, ou, ainda, que lhe falte autenticidade.

Em seguida, o Presidente do Supremo Tribunal Federal decide o incidente deferindo ou negando cumprimento à rogatória, ou seja, se determina ou se nega a expedição do *exequatur*. Se houver negativa a carta deve ser devolvida para o juízo ou

expressamente recusa submeter-se à jurisdição do juízo rogante, tentando prevenir possível equívoco junto àquele juízo, propor que se lhe esclareça, à volta dos autos à origem, que tal gesto é amparado pela ordem jurídica local em face de ser destinatária da diligência rogada sediada em território nacional (CC.RR. 3.268, 3.538). 8. Somos pelo não provimento dos embargos e pela oportuna devolução à origem". É o relatório. VOTO. O Sr. Ministro-Presidente Moreira Alves: 1. O Plenário desta Corte, ao julgar o agravo regimental relativo à carta rogatória 4.274, de que fui relator, decidiu, por unanimidade de votos, que "em se tratando de lide cuja competência da autoridade judiciária brasileira é meramente relativa, a possibilidade de o interessado não aceitar a jurisdição estrangeira não obsta à concessão do "exequatur" para citação, notificação ou intimação". 2. Ora, no caso, a competência da autoridade judiciária brasileira é meramente relativa (art. 88, I, do CPC), e não absoluta (art. 89 do CPC), razão por que, em conformidade com o entendimento desta Corte, a possibilidade de o interessado não aceitar a jurisdição estrangeira não obsta à concessão do "exequatur" para a citação rogada. Nessa hipótese, nada impede que, se o citado recusar expressamente sua submissão ao juízo rogante - como sucede na espécie -, se noticie a este essa recusa, acentuando-se que tal atitude é amparada pela ordem jurídica brasileira. 3. Em face do exposto, rejeito os presentes embargos. Vide: www.stf.gov.br

tribunal rogante. No caso de deferimento, seguir-se-á com a remessa da rogatória ao Juízo Federal no qual deva ser cumprida, tudo em conformidade com o artigo art. 109, X, da Constituição Federal. Mas esta decisão, deferindo ou negando cumprimento à rogatória, é impugnável mediante interposição do recurso de agravo regimental no prazo de cinco dias.

Uma vez admitido o cumprimento da rogatória, com a expedição do exequatur, o artigo 228 do RISTF admite a interposição de embargos relativos a quaisquer atos que lhe sejam referentes, devendo ser opostos no prazo de dez dias. Para tanto, são legitimados o interessado destinatário da carta e o Ministério Público local. E assim como o incidente acima mencionado compete ao Presidente do STF decidir os embargos, após audiência do Procurador-Geral da República. Mais uma vez, a decisão que julgar os embargos desafia novo recurso de agravo regimental. Finalmente, uma vez cumprida a rogatória pelo juízo federal competente, a mesma deve ser devolvida ao Supremo Tribunal Federal, no prazo de dez dias, e por este remetida, em igual prazo, por via diplomática, ao Juízo ou Tribunal de origem, independentemente de traslado, após o pagamento das custas pela parte interessada.¹⁰⁵⁴

12.5. Anexo do capítulo: 01º - portaria nº 26, de 14 de agosto de 1990, que regulamenta a expedição de rogatórias no Brasil; 02º- modelo simplificado de rogatória sugerido pelo MRE e MJ

01º - PORTARIA Nº 26, DE 14 DE AGOSTO DE 1990.

O Chefe do Departamento Consular e Jurídico do Ministério das Relações Exteriores e o Secretário Nacional dos Direitos da Cidadania e Justiça do Ministério da Justiça, no uso de suas atribuições legais:

Considerando o disposto no artigo 102, item I, alínea h, da Constituição, combinado com os artigos 210 a 212 do Código de Processo Civil; 783 a 786 do Código do Processo Penal; 225 a 229 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, bem assim com as

¹⁰⁵⁴ Como determinam os artigos: 229 do RISTF e 212 do CPC.

Convenções, Tratados e Acordos Internacionais firmados pela República Federativa do Brasil com Países estrangeiros, sobre comunicação de Cartas Rogatórias;

Considerando os inúmeros procedimentos indispensáveis à instrução dos feitos, referentes a Cartas Rogatórias encaminhadas ao Ministério da Justiça, com vistas à remessa ao Ministério das Relações Exteriores, para, via diplomática, serem transmitidas aos Juízes Rogados;

Considerando a necessidade de se abreviar a formalização das Cartas Rogatórias para sua transmissão ao Ministério das Relações Exteriores, a fim de serem cumpridas nos Países destinatários;

Considerando a urgência de evitar-se que o Ministério das Relações Exteriores restitua as Cartas Rogatórias ao Ministério da Justiça, por falta de elementos essenciais e, conseqüentemente, que as mesmas sejam devolvidas aos Juízes Rogantes, solicitando os dados básicos à efetivação das medidas judiciais no Juízo Rogado: resolvem:

determinar a divulgação da seguinte lista de condições que possibilitarão, sem maiores delongas, a transmissão, via diplomática, das Cartas Rogatórias aos Países destinatários:

1 - original e uma cópia, em português, da Carta Rogatória e dos documentos julgados indispensáveis pelo Juízo Rogante;

2 - original e uma cópia da tradução, efetuada por tradutor juramentado, da Carta Rogatória e dos documentos julgados indispensáveis pelo Juízo Rogante, para o vernáculo do País Rogado;

3 - original e uma cópia da denúncia em português;

4 - original e uma cópia da tradução, por tradutor juramentado, da denúncia, para o vernáculo do País destinatário;

5 - nome e endereço completos da pessoa a ser citada, notificada, intimada ou inquirida no Juízo Rogado;

6 - nome e endereço completos da pessoa responsável, no destino, pelo pagamento das despesas processuais, decorrentes do cumprimento da Carta Rogatória no País destinatário;

7 - designação de audiência com antecedência mínima de 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar de expedição da Carta Rogatória, pelo Juízo Rogante;

8 - nas Cartas Rogatórias para inquirição é indispensável que as perguntas sejam formuladas pelo Juízo Rogante - original em português, com uma cópia, e tradução para o vernáculo do País Rogado, com uma cópia;

9 - indicação na Carta Rogatória de que o interessado é beneficiário da Justiça Gratuita, quando for o caso;

10 - nas Cartas Rogatórias para cumprimento nos Estados Unidos da América devem ser observadas as seguintes condições e demais indicações emanadas do Departamento de Estado Norte-Americano:

a) devem ser fornecidos nome e endereço completos do destinatário da comunicação judicial;

b) não existe gratuidade;

- c) a assistência de profissional apressa a execução das Cartas Rogatórias, embora não constitua pré-requisito;
- d) não é exigida a autenticação consular no País Rogante;
- e) nos casos de tomada de depoimento, é indispensável a formulação de quesitos pelo Juízo Rogante;
- f) somente serão aceitas para cumprimento as Cartas Rogatórias expedidas por Órgão do Poder Judiciário;
- g) não aceita Cartas Rogatórias referentes a medidas executórias: penhora; seqüestro; busca e apreensão; averbação; prisão - que deve ser feita pelo procedimento próprio - pedido de extradição;
- h) a homologação de sentença estrangeira depende da legislação do Estado;
- i) nas citatórias: cheque de US\$ 15.00 (quinze) dólares para cada uma das pessoas a ser citada, em favor de "Treasurer of the United States", expedido pela Seção de Câmbio de estabelecimento bancário, nacional ou estrangeiro sediado no Brasil, cujo prazo de validade é de dois meses - caso ultrapasse tal tempo deverá ser renovado;
- j) nas interrogatórias: cheque de US\$ 100,00 (cem) dólares, em favor de "Brazilian Embassy", expedido pela Seção de Câmbio de estabelecimento bancário, nacional ou estrangeiro sediado no Brasil, cujo prazo de validade é de dois meses - caso ultrapasse tal período deverá ser renovado: como caução das custas - adianta-se que a diferença entre os US\$ 100.00 e as custas reais serão devolvidas ou cobradas a posteriori, conforme o caso;
- k) as custas, nas Cartas Rogatórias expedidas em processos movidos pelo Ministério Público, serão pagas pela Embaixada do Brasil em Washington (Verba de Manuntenção de Chancelaria);
- l) nas Cartas Rogatórias Citatórias com data certa, a apresentação ao Departamento de Estado Norte-Americano só é aceita com pelo menos 45 (quarenta e cinco) dias de antecedência à data de audiência. Para maior segurança é recomendável que a audiência seja designada com antecedência de 240 (duzentos e quarenta) dias;
- m) nas interrogatórias, os quesitos deverão ser formulados pelo Juízo Rogante brasileiro e constar do traslado em português e da tradução para o inglês;
- n) em caso de citação, o Departamento de Estado Norte-Americano condiciona a transmissão das Cartas Rogatórias à concessão, à pessoa a ser citada, pelo Juízo Rogante, do prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para contestação, a contar do recebimento de comunicação judicial. Essa exigência não conflita, na prática, com os prazos estabelecidos pela lei brasileira, já que estes últimos só começam a ser contados a partir da data em que se juntar a Carta Rogatória cumprida aos autos de origem;
- o) indispensável 2 (dois) traslados originais da Carta Rogatória, incluindo a petição inicial e demais documentos julgados necessários pelo Juízo Rogante, em português;
- p) indispensável 2 (dois) traslados originais da tradução, por tradutor juramento, de todos os documentos integrantes da Carta Rogatória;
- q) necessárias 2 (duas) cópias dos traslados em português r) necessárias 2 (duas) cópias dos traslados da tradução para o inglês.

11 - os pedidos de busca e apreensão de veículos no Paraguai obedecem ao Decreto nº 97 560, de 08 de março de 1989, in Diário Oficial da União de 09 de seguinte, Seção I, que promulgou o Acordo firmado pelo Brasil e pelo Paraguai sobre veículos roubados ou furtados, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 73, de 02 de dezembro de 1988, pelo qual, após os trâmites legais, o Consulado-Geral do Brasil em Assunção é instruído a gestionar, junto com a Alfândega paraguaia, a apreensão e a restituição do veículo descrito;

12 - a prestação de Alimentos no Estrangeiro é regida pela Convenção, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 10, de 1958, e promulgada pelo Decreto nº 56 826, de 02 de setembro de 1965, in Diário Oficial da União de 08 seguinte, sendo a Procuradoria-Geral da República a Autoridade Remetente e Instituição Intermediária;

13 - todo pedido de auxílio judiciário em matéria penal endereçado à Suíça, consoante indicações do Departamento Federal da Justiça e Polícia da Confederação Suíça, deve respeitar as condições e conter as indicações seguintes:

13.1 - Base legal:

a) Convenção européia de auxílio judiciário em matéria penal de 20 abril de 1959 / outro Acordo contendo as disposições sobre auxílio judiciário; ou

b) Tratado bilateral; ou

c) Declaração / acordo de reciprocidade.

13.2 - Autoridade requerente:

a) designar a autoridade encarregada do inquérito ou da investigação penal; e

b) indicar o órgão / a autoridade penal competente de onde se originou o pedido.

13.3 - Objeto do requerimento:

a) inquérito ou procedimento penal iniciado perante uma autoridade judiciária; ou

b) inquérito preliminar de uma autoridade encarregada da instrução das infrações dentro da medida ou se é possível fazer apelação ao juiz penal no curso do procedimento estrangeiro.

13.4 - Pessoas demandadas / culpadas:

a) indicar, também, precisamente, de forma que possibilite a identificação da pessoa demandada / culpada (nome; prenome, nacionalidade, data e lugar de nascimento, profissão, endereço, etc.).

13.5 - Exposição dos fatos e qualificação jurídica:

a) descrever os fatos essenciais, indicando o lugar, a data e a maneira pela qual a infração foi cometida. Quando o estado dos fatos for complexo ou se aconteceu em co-autoria, um resumo dos fatos principais; e

b) indicar a qualificação jurídica dos fatos (assassinato, roubo, estelionato, etc.).

13.6 - Motivo do requerimento:

a) demonstrar a relação do processo estrangeiro com as medidas solicitadas;

b) indicar de forma precisa, as provas requeridas e as diligências solicitadas (bloqueio da conta x junto ao banco y); penhora / remessa dos documentos xy; oitiva da testemunhas, etc.);

c)no caso de inquirir pessoas, elaborar um questionário;

d)em caso de investigação, de busca, de penhora e de remessa, juntar um atestado da legalidade das medidas do Estado requerente(não se aplica aos Estados com os quais não existe acordo de auxílio judiciário em matéria penal)

13.7 - Aplicação do direito processual estrangeiro para a execução(exceção):

a)mentonar a razão de se aplicar o dispositivo legal estrangeiro para a execução; e

b)reproduzir o dispositivo legal em questão.

13.8 - Presença de pessoas participantes ao procedimento desde a execução (exceção):

a)justificar a presença da pessoa desde a execução; e

b)descrever de maneira precisa a identidade e a função da pessoa.

13.9 - Forma de requerimento:

a)escrito:

b)a legalização dos documentos oficiais não é necessária.

13.10 - Língua / tradução:

a)redigir o requerimento na língua alemã, francesa ou italiana; ou

b)juntar uma tradução em uma destas três línguas oficiais.

13.11 - Formas de remessa:

a)por via diplomática ao " Office Fédéral de la Police du Département de Justice e Police à Berne ",a não ser que uma outra forma de remessa seja conveniente(por intermédio do Ministro da Justiça ou por correspondência direta com a autoridade requerida);

b)em caso de urgência por intermédio da INTERPOL; o requerimento deve, então, ser confirmado, encaminhando o original pela via ordinária ao " Office Fédéral de La Police ".

FERNANDO FONTOURA CARLOS EDUARDO

(in DOU de 16.08.1990, Seção I, páginas 15523/15524).

2º - Modelo Simplificado para Cartas Rogatórias Citatórias:

CARTA ROGATÓRIA

Processo Nº.....

Juízo Rogante:.....

Juízo Rogado: Ao Juízo Competente de.....(País Rogado) ou a quem suas vezes fizer e o conhecimento desta deva pertencer.

O Exmo.(a) Sr.(a) Dr. (a) da Comarca de

FAZ SABER

À JUSTIÇA d..... que perante este Juízo se processam regularmente os atos e termos da ação de....., proposta por contra, tudo de conformidade com as peças que seguem, as quais ficam fazendo parte integrante desta rogatória.

FINALIDADE:

ADVERTÊNCIA: Não sendo oportunamente contestada a ação, presumir-se-ão aceitos como verdadeiros os fatos articulados pelo autor, consoante previsão legal.

PRAZO PARA DEFESA: dias, contados da juntada da presente rogatória devidamente cumprida nos autos do processo.

ADVOGADO (A) DO (A) AUTOR (A):

ENCERRAMENTO: Assim, pelo que dos autos consta, expediu-se a presente, na qual roga a Vossa Excelência que, após exarar o seu respeitável "CUMPRA-SE", digne-se determinar as diligências para o seu inteiro cumprimento, com o que estará prestando relevantes serviços à Justiça, garantindo a autoridade expedidora reciprocidade nos limites que a legislação brasileira e os tratados pertinentes permitirem.

Dada e passada nesta cidade e comarca de, d (UF), República Federativa do Brasil, aos ... dias do mês de.... do ano de Eu, ... (cargo) a digitei. Eu, ... (cargo)..... a conferi e subscrevo-a.

(assinatura do Juiz)

CAPÍTULO 13

DO PROCESSO E DO PROCEDIMENTO

1. Autonomia do direito processual civil e a sua distinção com o procedimento.

Como já vimos, a autonomia do Direito Processual Civil surgiu quando Bülow distinguiu processo de procedimento, no ano de 1868. A partir daí, passou-se a conceber o processo como relação jurídica, em detrimento da concepção procedimentalista de origem francesa.¹⁰⁵⁵ Mas, nada obstante isto, já na Idade Média um jurista chamado Búlgaro concebeu o processo como relação jurídica, tendo como fonte inspiradora o *judicium* romano, a que Búlgaro definiu como: “*actus trium personarum: judicis, actoris e rei*”. Foi exatamente esta idéia medieval que fulcrou a base da tese de se pensar o processo como relação jurídica angular. O processo seria entendido então, como relação jurídica trilateral (no sentido de que possui três sujeitos: parte autora, parte ré e juiz, sem levar em conta as figuras do terceiro interveniente e do Ministério Público) de natureza não mais privatística, mas, publicista, o que também contou com a ajuda de

¹⁰⁵⁵ FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência (fundamentos da tutela antecipada)*. São Paulo: Saraiva, p. 27-9. No mesmo sentido: NERY, Nelson Júnior. *Princípios do processo civil na constituição federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 21.

**Bülow, pois antes dele o processo nada mais era do que um mero
complemento do Direito Material.¹⁰⁵⁶**

No Brasil, porém, a concepção do processo como relação jurídica foi obstada pela maneira de concebermos o processo tão somente enquanto mero procedimento (idéia francesa acerca do processo, até então predominante), apesar de as influências aqui sedimentadas terem sido luso-hispânicas. Malgrado isto, a evolução de nosso sistema processual deve-se à influência que a tese de Bülow exerceu sobre doutrinadores italianos, espanhóis e portugueses, infundindo, pois, nos nossos juristas suas idéias.¹⁰⁵⁷

Entenda-se, pois, por processo, a relação jurídica típica que envolve um conjunto de atos realizados com o escopo de solucionar um conflito de interesses ocorrido anteriormente e, por procedimento, a maneira, a forma através da qual estes atos realizam-se. Entre processo e procedimento verifica-se a seguinte simbiose: a finalidade do processo consiste em compor o litígio, ao passo que a do procedimento é a coordenação dos atos processuais em busca daquela *causa finalis*. O procedimento constitui-se no *aspecto exterior* do fenômeno processual, o processo revela-se como *o movimento em sua forma intrínseca*.¹⁰⁵⁸

A finalidade do processo é a composição de um conflito de interesses – denominado de *lide* –, e a forma pela qual essa resolução efetiva-se consiste no procedimento. Exemplificativamente: se A compra um terreno de B e este não lhe entrega o imóvel, A, no exercício de um direito subjetivo seu, pode instaurar um processo contra B. O processo, pois, será o conjunto de atos, a partir daí, praticados, judicialmente, com a finalidade de verificar a quem assiste razão – o Estado irá dizer o Direito, “*jus dicere*” = jurisdição –, e, uma vez verificado isso, dar o Direito a quem o possui.

Entretanto, para que o processo forme-se validamente faz-se necessário a observância das formalidades prescritas (exigidas) pela lei. Assim, diz o artigo 2º do Código de Processo Civil do Brasil que: “*Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão*

¹⁰⁵⁶ FUX, Luiz, *Ibidem*.

¹⁰⁵⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁵⁸ *Ibidem*, p. 29.

quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais”. Ao mesmo tempo em que este artigo consagra o princípio processual do *dispositivo* – o juiz não pode, por si só, instaurar um processo contra alguém, só pode agir para fazer atuar a jurisdição quando “provocado” pelo interessado -, também determina que os atos processuais devem ser praticados de acordo com as formas estabelecidas pela lei. Seguindo o nosso exemplo: para que A obtivesse judicialmente o seu imóvel, deveria peticionar – requerer – ao Judiciário. Então, de acordo com o artigo 282 do nosso CPC, deveria fazer sua petição de forma escrita,¹⁰⁵⁹ através de advogado, contendo: I- o juiz ou tribunal a que é dirigida; II- os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu, bem como os demais requisitos requeridos pela lei. A petição inicial é um ato processual da parte, logo, para ser válido, deve ser praticado como prescreve a lei, deve seguir o *procedimento* determinado pela lei. Concluindo, à materialização de um ato processual atribui-se a denominação de *procedimento*.

Processo é relação jurídica tendente á uma sentença de mérito com o escopo de resolver a lide. Na teoria geral do processo existem, como espécies do gênero ‘processo’, as espécies processuais: civil, penal, penal-militar, tributário, trabalhista e administrativo.

2. Dos princípios orientadores do processo civil.

Falar de princípios processuais significa abordar as particularidades orientadoras e informadoras da própria Ciência do Direito Processual. Somente os setores do conhecimento informados por princípios é que adquirem status de ciência.¹⁰⁶⁰ A ‘princiologia’, como veremos de forma verticalizada no capítulo dezesseis, representa um estágio prévio à

¹⁰⁵⁹ Exceto no caso dos juizados especiais.

¹⁰⁶⁰ NERY, Nelson Júnior, op. cit. p. 21.

estruturação sistemática de uma dada disciplina.¹⁰⁶¹ Eles caracterizam o próprio sistema processual adotado por determinado Estado, revelando-lhe a vertente juspolítica e jusfilosófica de determinado país.¹⁰⁶²

Princípio do dispositivo, previsto logo no artigo segundo do código, em combinação com o 262, parte inicial, assume a condição de princípio norteador do processo civil, pelo qual nenhum juiz pode prestar a tutela jurisdicional senão quando provocado pela parte ou pelo interessado, nos casos e formas legais. Isto significa que um processo civil somente pode iniciar-se através de uma petição. Porém, ao menos quatro exceções podem ser enumeradas: a primeira está descrita no artigo 989 do CPC, a permitir que o juiz determine a abertura do inventário quando as pessoas legitimadas para tal não o fizerem; a segunda está no artigo 1129, a permitir que o juiz ordene de ofício a exibição de testamento, podendo inclusive haver a busca e apreensão (com base no artigo 839 e seguintes) no caso de descumprimento da ordem de exibição; a terceira está prevista no artigo 1142, a permitir que o juiz ordene a arrecadação de bens da herança jacente; a quarta está no artigo 1160, a permitir que o juiz inicie o procedimento de arrecadação de bens do ausente, devendo, para tanto, nomear-lhe curador. Mas destas quatro hipóteses, na verdade apenas a do artigo 989 constitui-se em caso de Jurisdição contenciosa, as demais estão no título II, do Livro IV, ou seja, são exemplos de procedimentos de Jurisdição voluntária, na verdade de Jurisdição em sentido estrito não se trata. Pois, então, o único caso de Jurisdição contenciosa a permitir a quebra do princípio do dispositivo é o do inventário. Merece registro que o artigo 797, c/c 798 do CPC, permite que o juiz conceda medidas cautelares, de ofício, quando houver fundado receio de que uma parte cause dano ao

¹⁰⁶¹ CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 4-5.

¹⁰⁶² FUX, Luiz, op. cit. p. 137.

direito da outra, antes do julgamento da lide (ação principal) lesão grave e de difícil reparação.¹⁰⁶³

O **princípio do impulso oficial** vincula-se e depende do primeiro. O artigo 262, parte final, diz que o processo civil desenvolve-se por impulso oficial, isto é, para iniciar uma relação jurídica processual o juiz está impedido, ressalvada a exceção supra, mas depois de instaurada ele pode dar-lhe o impulso necessário ao bom e regular andamento da causa, eis que isso representa dever imposto ao juiz e previsto no inciso II do artigo 125.

Princípio da incoação, que possibilita a impulsão processual pelas partes visando a fluência processual. Princípio da economia processual, **pelo qual os atos processuais devem ser praticados da forma mais econômica possível preservando, contudo, a segurança jurídica.** Princípio da celeridade processual, **devidamente ungido ao anterior, determina que os atos sejam praticados da maneira mais rápida possível, mas, também, respeitando-se a segurança das formas processuais. Trata-se do maior problema do processo civil moderno, resolver a lide no mais breve tempo possível.** Verdadeiros entraves à consecução deste desiderato são: 01- a grande demanda judicial em descompasso com o reduzido número de juízes por habitantes; 02- o grande leque de recursos, aliás, o efeito suspensivo recursal, ante a regra insculpida no artigo 558 do CPC, existe não apenas para o agravo de instrumento, mas é extensível aos casos do artigo 520, que trata dos efeitos da apelação especificando os casos nos quais ela deve ser recebida pelo juiz.

Princípio da instrumentalidade das formas, previsto nos artigos 154 e 244, orienta que os atos processuais não dependem de forma determinada, exceto quando a própria lei o exigir, e que se reputam válidos os atos

¹⁰⁶³ Sobre a ampliação dos poderes processuais do juiz, Jones Figueirêdo assim observa o seu evoluir histórico: “Modernamente, entretanto, procede-se uma profunda revisão do princípio, em face de dever ser assegurado, em sua plenitude, o caráter publicístico do processo que, em resumo, confere ao juiz poderes mais amplos na direção do processo, a saber, dos valores e causas imanentes que nele transitam, em dialética da atuação da lei (fim do processo) que interessa não somente às partes”. ALVES, Jones Figueirêdo. *Da aplicação prática dos princípios processuais. Uma proposta de estudo*. Recife: 1990, p. 20.

praticados de forma diversa da prevista em lei, dêz que lhe alcance a finalidade essencial. Mas não se confunda o princípio da instrumentalidade das formas, que é intrínseco ao processo, com a *instrumentalidade do processo*, que é extrínseca à relação processual.

Princípio do contraditório, pelo qual é vedado ao juiz decidir sobre uma pretensão sem ouvir a parte adversa.¹⁰⁶⁴ Assim, deve o réu ter oportunidade de defender-se, devendo para tanto ser citado validamente.

Este princípio é tão importante que a sua afronta acarreta sérias conseqüências, uma ação sentenciada com vício de citação pode ser anulada, mesmo após o fazimento de coisa julgada material, inclusive, através da ação denominada de *querela nulitatis*, havendo divergência na doutrina apenas quanto ao prazo de sua propositura: para uma corrente, como se trata de ação de caráter pessoal estaria, então, subordinada aos prazos prescricionais da lei civil material; para outra corrente pode ser exercida em qualquer tempo. O fato é que por decorrência desse princípio o juiz deve manter a igualdade de tratamento das partes (princípio da isonomia das partes), aliás, ele decorre não apenas de leis, mas da própria Constituição Federal. Trata-se de uma garantia constitucional a ser observada rigorosamente, tanto em processo judicial quanto administrativo, como já estudamos no capítulo 04. Sua observância deve existir inclusive no processo cautelar. De fato o processo cautelar contém uma regra importantíssima inscrita no artigo 804, no sentido de que o juiz somente deve conceder medidas cautelares sem ouvir o réu, quando este, sendo citado, puder torná-la ineficaz. Esta orientação encontra reforço no artigo 797, segundo o qual, somente em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes. A regra é o contraditório formar-se antes da concessão da liminar em qualquer procedimento, até mesmo na execução os atos coercitivos requerem a prévia citação da parte executada, tanto que não se

¹⁰⁶⁴ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. Vol II, p. 75.

admite a penhora sem a prévia citação do demandado.¹⁰⁶⁵ Na antecipação de tutela é lícitamente defensável a aplicação subsidiária do artigo 804, mormente depois da reforma da lei nº 10.444/02, que autorizou o juiz a deferir ‘medida’ cautelar em caráter incidental do processo ajuizado, quando o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, se presentes os respectivos pressupostos (artigo 273, § 7º).

Princípio da livre convicção do juiz, pelo qual o magistrado apreciará livremente a prova produzida, desde que constante dos autos, devendo apenas fundamentar na sentença os motivos que lhe formaram o convencimento. Este princípio também está diretamente vinculado às provas, âmbito no qual não incide o princípio do dispositivo (artigo 131).

Princípio do dever de veracidade das partes, pelo qual, conforme o artigo 14, as partes e os seus procuradores devem expor os fatos de acordo com a verdade, proceder com lealdade e boa-fé, não formular defesa ou pretensões desprovidas de fundamento, não produzir provas inúteis ou desnecessárias à defesa ou à declaração do direito. O descumprimento desses deveres pode acarretar a condenação por litigância de má-fé (artigos 14, 17 e 18).

Princípio da efetividade. A efetividade processual consiste na aptidão para se alcançar os fins em virtude dos quais foi instituído o processo.¹⁰⁶⁶ Dessa forma, podemos conceituar o princípio da efetividade processual como sendo aquele que visa a restauração da ordem jurídica material violada ou ameaçada de violação. Falar de efetividade processual, não significa apenas mencionar a prestação jurisdicional adequada a cada

¹⁰⁶⁵ Veja-se que o artigo 653 elige o arresto para quando o executado não for encontrado. Em seguida manda que a citação faça-se por edital, se depois do arresto o oficial de justiça procurando o devedor em três dias distintos num lapso de dez dias não o encontrar. Só depois de citado o executado e exaurido o prazo de vinte e quatro horas para nomeação de bens à penhora *in albis*, é que o arresto converter-se-á em penhora.

¹⁰⁶⁶ FUX, Luiz, op. cit. p. 138.

espécie concreta, outrossim, significa referir-se também à celeridade do processo. É que, modernamente, falar de efetividade importa em falar de aplicação célere do Direito, não basta, como é consabido, que se faça justiça, mas se faz necessário criar condições para que a justiça seja prestada antes do perecimento do Direito. Dessa forma, vê-se que o princípio da efetividade vem respaldado em nosso ordenamento processual civil nas ações cautelares, cuja finalidade é a de resguardar o resultado útil do processo principal (artigos 796 e seguintes do CPC) e na tutela antecipatória (artigos 273 e 461, ambos do CPC), que antecipa os efeitos da providência jurisdicional que somente será outorgada ao final do processo com a sentença final, bem como nas tutelas de segurança, v.g. nas ações de mandado de segurança (lei nº 1533/51).

Quando o assunto é tutela de segurança, o princípio da efetividade queda-se estritamente vinculado à justiça da decisão, ou seja, à necessidade de se proferir um comando o tanto quanto possível aproximado da realidade, o que se alcança pelo exame das provas carreadas aos autos do processo. Sendo certo que nas tutelas de segurança não devem incidir os postulados tradicionais acerca do ônus da prova. Ainda quanto às tutelas de segurança, outro fator importante quanto ao aspecto da efetividade processual reside no fato da não suspensividade das decisões judiciais, quando da interposição de recursos.¹⁰⁶⁷ Veja-se que a despeito do efeito suspensivo como decorrência da interposição de certos recursos, o nosso CPC adotou a regra de que havendo interposição de recurso dar-se-á a suspensão da decisão impugnada até que o tribunal profira o reexame da matéria.¹⁰⁶⁸

O sistema processual que adota a suspensividade dos efeitos de uma decisão judicial é denominado de *sistema legal*, pois é a própria lei que impõe a suspensividade como regra. De outro lado, existe o sistema

¹⁰⁶⁷ Ibidem.

¹⁰⁶⁸ Como exceção, constam as matérias do artigo 520 do CPC.

chamado de *ope judicis*, pelo qual fica a critério do juiz que decidiu conceder ou não efeito suspensivo à decisão recorrida. O Brasil, como vimos (artigo 520 do CPC), adota o primeiro sistema, o que, indubitavelmente, constitui-se num sério entrave ao princípio da efetividade processual, considerando-se a lastimável morosidade do Judiciário, o que não é exclusividade do Brasil. Fala-se em segurança jurídica e olvida-se da credibilidade do Poder Judiciário. Poder-se-ia pensar em outorgar à apelação uma sistemática semelhante a do agravo, permitindo-se ao magistrado de segunda instância, em casos específicos, atribuir-lhe efeito suspensivo. Isto sim, que a suspensividade fosse a exceção, não a regra.

Princípio da **economicidade**. O risco do erro circunda os processos urgentes, onde o magistrado decide, quase sempre, em sede de *sumaria cognitio*. Por princípio da economicidade entenda-se como sendo aquele que pugna pelo meio menos oneroso da execução das decisões judiciais, sendo lícito, inclusive, a exigência de contra-cautela como pressuposto para a efetivação do *decisum*. A incidência deste princípio acentua-se nas ações de segurança e cautelares, sendo expreso o CPC (artigo 804). Isto significa que todas as vezes que o juiz tiver de decidir urgentemente faculta-se-lhe exigir da parte requerente uma caução, real ou fidejussória (pessoal), com o objetivo de ressarcir os danos que a parte requerida, eventualmente, possa sofrer.¹⁰⁶⁹

Princípio da economia processual. Ungido ao princípio da economicidade está o da economia processual. Este consta inclusive da exposição de motivos do nosso CPC e significa que o juiz deve dirigir o processo colimando o máximo de resultado, tanto quanto possível, com o mínimo de esforço e de delonga processual. Os atos processuais judiciais (artigo 162 do CPC) constituem-se de despachos e decisões. Estas, ou são interlocutórias, quando resolvem questões incidentes, ou são sentenças, quando ultimam o processo com ou sem mérito (artigos 267 e 269 do CPC). A adoção do princípio da economia processual implica em efetuar as decisões de forma breve e concisa, sem se olvidar dos requisitos mínimos exigidos pela lei processual (artigos 458-9 do CPC). Os

¹⁰⁶⁹ FUX, Luiz, op. cit. p. 141.

juízes brasileiros esmeram-se em exarar em suas sentenças ensinamentos doutrinários que, se por um lado, demonstram cultura jurídica, por outro, exige um lapso maior de tempo em suas elaborações. Nos Estados Unidos, Norbet Wiener asseverara que as decisões judiciais deviam utilizar uma linguagem acessível ao homem comum, que é o destinatário das sentenças, pois que isso importa em ganho de tempo.¹⁰⁷⁰

Princípio da preclusão “*secundum eventum litis*”. Este princípio justifica-se na necessidade de ultrapassagem das fases processuais impostas pela dinâmica da relação processual, que para atingir o seu objetivo final, que é a aplicação da lei material, tem como pressuposto o ‘caminhar’ dos atos processuais. Pois bem, o caminhar processual exige a ultrapassagem das etapas do processo, para tanto, as falhas dos atos processuais devem ser argüíveis em momento oportuno, sob pena de se quedarem preclusas. Por preclusão, pois, entenda-se o fenômeno processual pelo qual se veda a reabertura da discussão de etapas processuais ultrapassadas, em razão do fator tempo. Vários são os momentos processuais em que o CPC estabeleceu a preclusão, v.g., a vedação da modificação do pedido ou da causa de pedir depois de o réu ser validamente citado, salvo com a sua concordância, dès que o processo ainda não esteja saneado (artigo 264); a proibição de rediscussão de causa já decidida em outro processo, eficácia preclusiva da coisa julgada (artigo 474 do CPC).

3. Das espécies de procedimento.

De acordo com o artigo 272, o procedimento pode ser comum e especial. O comum divide-se em ordinário e sumário. As disposições legais do procedimento ordinário aplicam-se subsidiariamente aos demais. A lei 9.099/95 criou o procedimento sumaríssimo para as causas que tramitam pelos juizados especiais cíveis, embora as referências existentes nesta lei sobre o procedimento sumaríssimo refiram-se ao procedimento criminal e não cível.

¹⁰⁷⁰ WIENER, Norbert. *Cibernética e sociedade - o uso humano de seres humanos*, p. 15.

O procedimento ordinário abrange os processos regidos pelo livro I do CPC, mas as suas regras aplicam-se subsidiariamente às demais espécies de processos, inclusive ao de execução, consoante disposição expressa do artigo 598. Quanto ao processo cautelar, o parágrafo único do artigo 803, quando diz que se houver contestação deverá o juiz designar audiência de instrução e julgamento, havendo necessidade de produção de prova, e nesse caso aplicar-se-ão as regras do processo de conhecimento do livro I. Tanto isto é verdade que na audiência de instrução e julgamento da cautelar recorre-se ao artigo 444, que, por sua vez, trata exatamente do procedimento a ser seguido na audiência do processo de conhecimento regido pelo procedimento ordinário. Por essa razão as disposições do processo de conhecimento, mais especificamente do procedimento ordinário, aplicam-se a todos os demais processos e procedimentos do CPC, inclusive os extravagantes. Contudo, não há que se falar em procedimento ordinário de execução, nada obstante o artigo 274 consignar que o procedimento ordinário reger-se-á segundo as disposições dos Livros I e II. Em razão do princípio da especificidade, para cada tipo de execução haverá um tipo específico de procedimento.¹⁰⁷¹

3.1. Notícia histórica e classificação dos procedimentos.

O procedimento pode ser escrito ou oral. No direito romano o procedimento era, a princípio, oral. Isso se verificou no período das *legis actiones*. No período da *cognitio extraordinaria*, o procedimento adquiriu forma escrita em relação aos atos processuais mais importantes, como a citação, a defesa e a sentença. Os debates em audiência continuavam orais, todavia. Mas com a queda de Roma e com a invasão pelos bárbaros, e como o processo destes ainda era regido por procedimento inteiramente oral, isso repercutiu no procedimento do processo romano. Depois, no ano de 1216, Inocêncio III instituiu o procedimento verbal escrito, ou seja, os escrivães reduziam a termo as peças ditadas pelas

¹⁰⁷¹ Sobre este assunto, veja-se o item sete deste capítulo.

partes, como petição inicial e defesa, e também os atos do juiz. Em seguida, no direito português o procedimento tomou várias formas: era totalmente oral nas causas de valor até 400 réis e nas infrações de polícia municipal. Nestes casos o escrivão apenas tomava por termo, em livro de protocolo, um resumo dos atos praticados e da sentença do juiz; eram verbais-escritos os procedimentos de possessórias de força nova, ação de depósito, guarda, etc. As partes ditavam os seus atos e o escrivão os documentava, o mesmo ocorrendo com os atos do juiz; escritos eram os procedimentos ordinário e sumário, onde todos os atos eram redigidos de forma escrita; os procedimentos orais desapareceram e a regra atual é de que o procedimento é escrito, quanto à sua forma, sendo, porém, permitido à parte ré oferecer defesa oral em audiência nas causas que tramitam pelo sumário, assim como nas causas em tramitação pelos juizados especiais cíveis, onde até a petição inicial pode ser oral. Mas tanto num caso quanto noutro, um funcionário do judiciário reduzirá a termo os atos verbais.¹⁰⁷²

Contraposto em relação à pretensão e em conformidade com a tutela jurisdicional, o procedimento pode ser: 01- *nas tutelas cognitivas*, cuja finalidade é a de resolver o conflito de interesses que motivou o processo, o procedimento é comum ou especial (artigo 272).

Comum é o procedimento verificado nas ações de conhecimento que tramitam em conformidade com as disposições do livro I, do código de processo civil, e pode ser ordinário e sumário. Será sumário tanto em razão da matéria quanto em razão do valor. Será sumário pela matéria nas causas, qualquer que seja o valor: **a)** de arrendamento rural e de parceria agrícola; **b)** de cobrança ao condômino de quaisquer quantias devidas ao condomínio; **c)** de ressarcimento por danos em prédio urbano ou rústico; **d)** 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 ressalvados os casos de processo de execução; **f)** de cobrança de honorários dos profissionais liberais, ressalvado o disposto em legislação especial; **g)** nos demais casos previstos em lei. Será sumário pelo valor nas causas cujo valor não exceda a 60 (sessenta) vezes o valor do salário mínimo.¹⁰⁷³

¹⁰⁷² SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. Vol II, p. 83-4.

¹⁰⁷³ O valor da alçada do sumário foi alterado pela lei nº 10.444/02.

O procedimento sumário não pode ser aplicado para solucionar controvérsias pertinentes ao estado e à capacidade das pessoas.

Especial é o procedimento observado nas ações de conhecimento que tramitam em conformidade com o livro IV do CPC, e subdivide-se em: **procedimentos especiais de jurisdição contenciosa**, ou seja: 01- da consignação em pagamento (890-900); da ação de depósito (901-906); 02- da ação de anulação e substituição de títulos ao portador (907 a 913); 03- da ação de prestação de contas (914 a 919); 04- das ações possessórias (920 a 933); 05- da ação de nunciação de obra nova (934 a 940); 06- da ação de usucapião de terras particulares (941 a 945); 07- da ação de divisão e da demarcação de terras particulares (946 a 981); 08- do inventário e da partilha (982 a 1.045); 09- dos embargos de terceiro (1.046 a 1.054); 10- da habilitação (1.055 a 1.062); 11- da restauração de autos (1.063 a 1.069); 12- das vendas a crédito com reserva de domínio (1.070 a 1.071); 13- do juízo arbitral (1.072 a 1.102); 14- da ação monitória (1.102a a 1.102c); e **procedimentos especiais de jurisdição voluntária**, ou seja: 01- das alienações judiciais (1.113 a 1.119); 02- da separação consensual (1.120 a 1.124); 03- dos testamentos e codicilos (1.125 a 1.141); 04- da herança jacente (1.142 a 1.158); 05- dos bens dos ausentes (1.159 a 1.169); 06- das coisas vagas (1.170 a 1.176); 07- da curatela dos interditos (1.177 a 1.186); 08- das disposições comuns à tutela e à curatela (1.187 a 1.198); 09- da organização e da fiscalização das fundações (1.199 a 1.204); 10- da especialização da hipoteca legal (1.205 a 1.210).

3.2. Procedimento escrito e oral:

os princípios da oralidade, da imediação e da concentração da causa.

Escrito é o procedimento no qual todos os atos são praticados em peças escritas, como ocorria até a vigência de nosso CPC de 1939. Como registra Amaral Santos, até mesmo os depoimentos das partes e testemunhas podiam ser apresentados por escrito, com

inteiro desprezo à forma oral.¹⁰⁷⁴ Mas, Buzaid, depois de consignar que o ideal seria atingir-se um procedimento inteiramente oral, explica que o atual código de processo civil manteve o sistema do código de 1939, contudo, mitigando-lhe o rigor com a finalidade de atender a peculiaridades decorrentes da extensão territorial do Brasil.¹⁰⁷⁵ Oral é o procedimento em que os atos processuais são praticados verbalmente na presença do juiz, como ocorria com o processo romano inicial e o germânico.¹⁰⁷⁶ Na atualidade o procedimento oral não despreza a forma escrita, havendo uma espécie de preponderância de atos processuais escritos, em razão do princípio da documentação dos atos processuais. O que hoje caracteriza o procedimento como sendo oral é que nos principais momentos processuais prevalece a prática de atos orais, porque é a forma mais eficaz de se chegar à verdade dos fatos. Então, oral é o procedimento adotado pelo atual CPC, como ocorria com o anterior, mas mitigando-se o rigor da forma escrita.¹⁰⁷⁷

Fala-se então num verdadeiro sistema da oralidade, sem desprezo aos atos escritos, a albergar alguns princípios informativos, são eles: 01- **o princípio da oralidade** – decorre da predominância da palavra falada sobre a escrita na prática dos atos processuais e se manifesta na produção das provas, como os depoimentos das partes, das testemunhas, o resumo do laudo pericial feito em audiência, os debates dos representantes das partes depois de instruída a causa; 02- **princípio da imediação** – que na verdade vincula-se ao da identidade física do juiz - pelo qual o juiz que deve prolatar a sentença deve ser aquele que teve contato com as provas produzidas; 03- **princípio da concentração da causa** – pelo qual, deve-se fazer o possível para que as provas a serem produzidas realizem-se numa só audiência, ou em poucas sessões de audiência, sendo seguido pelos debates finais.¹⁰⁷⁸

Sobre o princípio da identidade física do juiz, deve-se fazer uma observação importante. Esse princípio exigia que o juiz sentenciante fosse o mesmo que *iniciou* a

¹⁰⁷⁴ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. Vol II, p. 86.

¹⁰⁷⁵ BUZAID, Alfredo. *Exposição de motivos do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 8.

¹⁰⁷⁶ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. Vol II, p. 86.

¹⁰⁷⁷ Apesar de BUZAID haver consignado na sua exposição de motivos do atual CPC (vide op. cit. p. 8) que uma das características do procedimento oral é a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, isso deve ser entendido como regra ideal, é juízo abstrato, pois contra as decisões interlocutórias cabe agravo (por instrumento ou retido), já que o artigo 504 apenas excluiu do âmbito dos recursos os despachos de mero expediente.

¹⁰⁷⁸ Ibidem.

audiência de instrução e julgamento, mas o que o atual artigo 132 diz é: *O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.* Em todo caso o juiz que irá julgar o processo pode mandar repetir a produção da prova já produzida, como está escrito no parágrafo único deste artigo.

Alguns pronunciamentos da jurisprudência sobre o tema merecem registro. Primeiro, veja-se que quando o juiz sentencia, pelo princípio da identidade física do juiz, será ele quem decidirá os embargos de declaração, salvo se promovido ou afastado do cargo, mas se se trata de juiz substituto que de passagem por uma vara julga uma causa e depois se interpõe embargos de declaração contra a sentença, será aquele que prolatou a sentença que decidirá os embargos. Neste mesmo sentido se o tribunal anular a sentença, quem deve prolatar a outra substitutiva é mesmo juiz sentenciante (*RJTJESP 83/309*). Quanto às férias do juiz que instruiu a causa, isso não se constitui em motivo suficiente para quebra do princípio, será ele mesmo quem julgará o processo (*RT 660/124. RT 500/191, RTJE 127/173*). Tudo isso decorre do fato de o Superior Tribunal de Justiça entender que a natureza da competência do juiz que conclui a audiência é absoluta por se tratar de competência funcional.¹⁰⁷⁹ Em alguns casos, porém, não se aplica o princípio da identidade física do juiz: *processos de Jurisdição voluntária*, porque não há lide (*RT 502/76, RTJE 130/183*); *processos falimentares* (*RJTJESP 63/265*); *aos mandados de segurança* (*RT 467/88*); - *às justificações de posse* (*RJTJESP 46/215*).¹⁰⁸⁰ E ainda nos juizados especiais cíveis.

4. Do procedimento sumário.

¹⁰⁷⁹ Neste sentido a 4ª turma do STJ, decidiu que a incompetência do juiz auxiliar (cooperador) é argüível independentemente de exceção (*STJ -4ª Turma, REsp 23.699-3-MG, rel. Min. Athos Carneiro, j. 22.9.92, deram provimento, v.u., DJU 19.10.92, p. 18.248, 1ª col., em.*). NEGRÃO, Theotonio, op. cit. anotação ao artigo 132.

¹⁰⁸⁰ Ibidem.

O sumaríssimo, como era denominado no início da vigência do CPC, e que hoje foi transmudado para sumário, foi estabelecido em consideração à simplificação dos atos processuais, de forma a possibilitar que as demandas fossem processadas e decididas no mais breve espaço de tempo possível.¹⁰⁸¹ Pode, como já adiantamos acima, ser classificado em razão da matéria e do valor. Vejamos agora as demandas que, em razão da matéria, tramitam pelo sumário, independentemente do valor:

a) **de arrendamento rural e de parceria agrícola** - Nem todas as causas relacionadas com estas matérias seguirão o procedimento sumário. Se se tratar de ação de despejo não seguirá o sumário porque o decreto 59566/66, que regulamentou o Estatuto da Terra, que versa sobre as ações referentes ao arrendamento rural e parceria agrícola, continua em vigor. A jurisprudência já se sedimentou no sentido de que nesses casos a ação cabível não é a de reintegração de posse, mas sim a de despejo.¹⁰⁸² Isso decorre do artigo 32 do decreto supra, que determina que só será concedido o despejo nos seguintes casos: I - término do prazo contratual ou de sua renovação; II - se o arrendatário subarrendar, ceder ou emprestar o imóvel rural, no todo ou em parte, sem o prévio e expresso consentimento do arrendador; III - se o arrendatário não pagar o aluguel ou renda no prazo convencionado; IV - dano causado à gleba arrendada ou às colheitas, provado o dolo ou culpa do arrendatário; V - se o arrendatário mudar a destinação do imóvel rural; VI - abandono total ou parcial do cultivo; VII - inobservância das normas obrigatórias fixadas no art. 13 deste Regulamento; VIII - nos casos de pedido de retomada, permitidos e previstos em lei e neste regulamento, comprovada em juízo a sinceridade do pedido; IX - se o arrendatário infringir obrigação legal, ou cometer infração grave de obrigação contratual. Também seguirão o sumário as ações referentes à parceria pecuária, agroindustrial e extrativa;¹⁰⁸³

b) **de cobrança ao condômino de quaisquer quantias devidas ao condomínio** – A expressão *condomínio* está empregada em sentido amplo, a abranger, pois, tanto o condomínio do CC quanto o de prédios regulado pela lei 4.591/64.¹⁰⁸⁴ Note-se que esta

¹⁰⁸¹ BUZAID, Alfredo. *Exposição de motivos do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, 8.

¹⁰⁸² “Cabe despejo, e não reintegração de posse, contra arrendatário rural (RJTAG 26/267) ou parceiro agrícola (RJTAG 32/98)”. NEGRÃO, Theotônio, op. cit. nota ao artigo 275.

¹⁰⁸³ Ibidem.

¹⁰⁸⁴ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. vol. II, p. 114.

alínea do artigo 275 não cuida da ação do condômino contra o condomínio, pois esta só seguirá pelo sumário se o seu valor enquadrar-se na alçada, pela matéria jamais. Apenas se refere às ações do condomínio contra o condômino. Se o condômino locador pretender cobrar do locatário débitos condominiais, decorrentes de contrato de locação, não poderá servi-se do sumário, deverá utilizar-se da ação de execução com base no artigo 585, IV, se título executivo líquido, certo e exigível, ou, se detiver título não executivo, pode recorrer à monitoria, ou, ainda, se não possuir título capaz de embasar execução ou monitoria, poderá servir-se de ação de cobrança de rito ordinário. Em sentido diametralmente oposto, se o locatário pretende pagar e o locador ou condomínio recusa-se injustamente a receber, ele tem a ação de consignação em pagamento prevista no artigo 67 da lei do inquilinato (lei 8245/91);¹⁰⁸⁵

c) de ressarcimento por danos em prédio urbano ou rústico – Estas expressões (prédio urbano ou rústico) devem ser tomadas em sentido amplo, a compreender o solo, as construções, as plantações, as pertencas e acessões.¹⁰⁸⁶ O STJ, sob a relatoria de Athos Gusmão Carneiro, já admitiu o sumário para ação que pretendia cobrar danos causados em plantações existentes em prédio rústico (cf., agr. 8438, PR, de 21/05/91, DOU de 10/06/91);¹⁰⁸⁷

d) de ressarcimento por danos causados em acidente de veículo de via ‘terrestre’ – As causas referentes a acidentes marítimos, ferroviários e aeronáuticos, pelo exclusivo critério da matéria, não podem tramitar pelo sumário. Nada impede, porém, que uma dessas causas tramite pelo sumário, se tiver valor enquadrado na alçada de sessenta salários mínimos. Não interessa a natureza do dano causado, seja material, seja pessoal, seguirá o sumário se decorrente de acidente de veículo terrestre, qualquer que seja o valor;

e) de cobrança de seguro, relativamente aos danos causados em acidente de veículo, ressalvados os casos de processo de execução – Aqui não interessa que o seguro seja obrigatório ou facultativo, em havendo o sinistro de acidente de veículo será o rito

¹⁰⁸⁵ NEGRÃO, Theotonio, op. cit. nota ao artigo 275.

¹⁰⁸⁶ PASSOS, J. J. Calmon de. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. III. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 88. No mesmo sentido: AMARAL SANTOS, op. cit. p. 114.

¹⁰⁸⁷ NEGRÃO, Theotonio, op. cit. nota ao artigo 275.

sumário o que deve ser observado. Neste inciso a lei não fez qualquer restrição ao tipo de veículo, logo, independe que se trate de veículo marítimo ou aeronáutico, qualquer que seja a espécie o procedimento será sumário.¹⁰⁸⁸ A referência ao processo de execução deve-se ao fato de o inciso III do artigo 585, fazer expressa menção aos contratos de seguro de vida e de acidentes pessoais de que resulte morte ou incapacidade. Nestes casos o rito será o de execução e não o sumário, processo será de natureza executiva e não cognitiva. O requisito para que haja execução é a existência do título executivo, ou seja, a apólice. Tanto que o extinto tribunal de alçada do Estado de São Paulo, já havia sumulado a questão no sentido de que a apólice de seguro acompanhada de documento médico indicando o grau de incapacidade da vítima é título executivo extrajudicial (enunciado nº 26).¹⁰⁸⁹

f) de cobrança de honorários dos profissionais liberais, ressalvado o disposto em legislação especial – A jurisprudência entende que não se aplica este dispositivo às pessoas jurídicas, aos tradutores públicos e intérpretes comerciais, bem como aos corretores, porque não são considerados profissionais liberais.¹⁰⁹⁰ A ressalva à legislação especial deve ser entendida como feita ao Estatuto dos Advogados do Brasil. O artigo 22 do EAB confere aos inscritos na OAB, direito: aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência. O artigo 23 diz que os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou por sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte. O montante decorrente de contrato de honorários advocatícios constitui-se em crédito privilegiado na falência, concordata, concurso de credores, insolvência civil e liquidação extrajudicial;

g) nos demais casos previstos em lei – São exemplos citados por Amaral Santos: as ações de acidentes do trabalho (lei 8213/91), cuja competência pertence ao juiz de direito em face da responsabilidade civil, e, sobretudo, pela expressa exclusão do inciso I do artigo 109 da Constituição Federal; as ações revisionais de aluguel (lei 8.245/91); ações de adjudicação compulsória (Decreto-lei nº 59/37); ações discriminatórias (lei 6.383/76); ações entre representantes comerciais autônomos e representados (lei 4.886/65); ações de

¹⁰⁸⁸ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. vol. II, p.115.

¹⁰⁸⁹ NEGRÃO, Theotonio, op. cit. nota ao artigo 275.

¹⁰⁹⁰ Ibidem.

retificação de registro civil (lei 6.015/73).¹⁰⁹¹ Theotonio Negrão acrescenta: ações decorrentes de danos pessoais causados por embarcações ou sua carga (lei 8.374/91); casos de responsabilidade civil em direito aeronáutico (lei 7.565/86); a ação de usucapião especial, mas de forma *sui generis* (lei 6.969/81).¹⁰⁹²

Existe uma discussão doutrinária se estas causas, em face do advento da lei 9.099/95, ainda poderiam tramitar pelo procedimento sumário do CPC. Theotonio Negrão, por exemplo, entende que o artigo 3º dessa lei excluiu do processo civil comum a competência para processá-las e julgá-las. Outra corrente, que entendemos acertada, defende que o juizado é opcional, cabendo à parte autora a faculdade de escolha entre o sumário do CPC e o procedimento da lei 9.099/95. Neste sentido foi a conclusão do Boletim da Associação dos Advogados do Estado de São Paulo, inteiramente correta porque o referido artigo 3º, ao atribuir competência ao juizado para processar e julgar estas causas, não excluiu a do CPC.¹⁰⁹³

Pelo valor, tramitarão pelo sumário as causas que não ultrapassem sessenta vezes o maior salário mínimo vigente no Brasil, independentemente da matéria. Relembre-se que a competência em razão do valor é relativa, logo, em face do disposto no artigo 111, é derogável por convenção das partes. Mas isso não envolve as causas que devem observar o procedimento especial. Em sendo previsto procedimento especial no livro IV do CPC, ele se impõe em detrimento do sumário, quando o critério for apenas o valor. Diz o artigo 258: *A toda causa será atribuído um valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediato*. Trata-se de matéria de ordem pública podendo o juiz determinar, de ofício, a alteração do valor erroneamente atribuído à causa, mas se a parte contrária não o impugnar nos prazos e formas legais, preclui, para ela o direito de discutir a matéria.¹⁰⁹⁴

A redação do inciso I do artigo 275, anterior à reforma da lei nº 10.444/02, era a seguinte: *nas causas, cujo valor não exceder 20 (vinte) vezes o maior salário mínimo vigente no País*. Esta lei alterou o dispositivo, prescrevendo: *nas causas cujo valor não*

¹⁰⁹¹ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. vol. II, p.115.

¹⁰⁹² NEGRÃO, Theotonio, op. cit. nota ao artigo 275.

¹⁰⁹³ Ibidem.

¹⁰⁹⁴ Ibidem.

exceda a 60 (sessenta) vezes o valor do salário mínimo. A alteração não se restringiu à alçada, mas suprimiu a vinculação de o salário mínimo indexador ser o maior do Brasil. Defensável, pois que se tome como parâmetro para estipulação do valor da alçada aquele do Estado da Federação de valor mais elevado.

4.1. A prática dos atos processuais no procedimento sumário.

Como todo e qualquer procedimento regulado pelo CPC, o sumário inicia-se através de petição inicial escrita. A petição inicial do sumário deve conter, além dos requisitos exigidos para o procedimento ordinário (artigo 282-3), os prescritos pelo artigo 276 do CPC: 01- rol de testemunhas; 02- quesitos para realização de prova pericial, bem como indicação de assistente técnico. No ordinário, após a alteração procedida pela lei nº 10.358/01 no artigo 407, a parte pode apresentar o seu rol de testemunhas no prazo que o juiz fixar ao designar a data da audiência, precisando-lhes o nome, profissão, residência e o local de trabalho. Antes desta lei a parte podia apresentar o seu rol até cinco dias antes da audiência. Agora, o juiz é quem fixa o prazo e se ele se omitir, o rol deve ser apresentado em até 10 (dez) dias antes da audiência. É evidente que também no sumário deve a parte precisar nome, profissão e residência de suas testemunhas. A limitação quanto ao número de testemunhas só existe em relação ao ordinário (parágrafo único do artigo 407): dez testemunhas, para cada parte. Porém, quando forem arroladas mais de três, para a prova de cada fato, o juiz pode dispensar as demais. Como o sumário é omissivo em relação ao número de testemunhas, há quem afirme que o máximo seria de três por analogia do disposto no artigo 34 da lei 9.099/95 (juizados especiais cíveis).¹⁰⁹⁵ Pensamos que se a lei expressamente não restringiu o número máximo de testemunhas do sumário a regra analógica a ser aplicada não emana da lei dos juizados especiais cíveis, mormente pelo fato de que este procedimento destina-se a processos de menor grau de complexidade, o que não

¹⁰⁹⁵ Diz Theotonio Negrão: “A lei não previu um número máximo de testemunhas, nem para o autor, nem para o réu. Por analogia, deve aplicar-se o art. 34 da LJE: não podem ser ouvidas mais de três testemunhas, para cada uma das partes; mas é lícito arrolar número maior, contanto que não sejam ouvidas mais de três”. NEGRÃO, Theotonio, op. cit. nota nº 03, artigo 276.

pode ser afirmado em relação ao sumário, máxime se for adotado em razão da matéria. Tanto isto nos parece correto que o artigo 277, § 5º, prevê a possibilidade de o juiz converter o procedimento sumário para o ordinário quando houver necessidade de produção de prova técnica de maior complexidade.¹⁰⁹⁶

Em relação aos documentos, antes da reforma da lei 9.245/95, o sumário exigia que a parte autora anexasse desde logo à petição inicial, quando da propositura, os documentos, indispensáveis ou não. Agora esta exigência não mais existe, aplicando-se as regras do procedimento ordinário. O artigo 396, diz que compete à parte instruir a petição inicial, ou a resposta, com os documentos destinados a provar-lhes as alegações. Esta regra serve tanto para o rito ordinário, quanto para o sumário. Se indispensáveis, os documentos devem ser apresentados com a petição inicial, como ocorre com o previsto pelo artigo 283. Se dispensáveis, podem ser apresentados a qualquer tempo, aplicando-se a regra do artigo 397, *dês que destinados a fazer prova de fatos ocorridos posteriormente aos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos*. Aliás, o STJ, neste sentido, já decidiu que mesmo no sumário é possível juntar-se aos autos novos documentos se não forem indispensáveis à propositura, e, mormente, se não causarem prejuízo à parte adversa.¹⁰⁹⁷

Distribuída a petição inicial, o juiz poderá adotar algumas atitudes: 01- se houver defeito sanável, aplica-se o disposto no artigo 284, ofertando-se prazo de dez dias para emenda ou complementação. Atendendo o autor ao exigido, segue-se com o andamento do feito; 02 - se houver defeito insanável, vislumbrado pelo artigo 295 do CPC, o juiz deve indeferir a petição inicial de plano, arrimando-se também no artigo 267. Mas este indeferimento de plano deve ser evitado tanto quanto possível, eis que a finalidade do processo é a de resolver a lide, o que induz ao desapego excessivo às formas processuais;

¹⁰⁹⁶ Sobre o número de testemunhas vide capítulo 14, item 13.

¹⁰⁹⁷ "*Não se tratando de documentos indispensáveis à propositura da ação, admite-se possam ser juntados fora da oportunidade prevista no art. 276 do CPC, desde que disso não resulte prejuízo para a defesa da outra parte*" (STJ -3ª Turma, REsp 16.957-SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 30.3.92, não conheceram, v.u., DJU 13.4.92, p. 4.998, 2ª col., em.). NEGRÃO, Theotonio, op. cit. nota ao artigo 275-6.

03 – pode ser que haja pedido de antecipação de tutela ou de medida cautelar.¹⁰⁹⁸ Nesse caso, admite-se que o juiz conceda liminar (decisão interlocutória mista, no caso da tutela antecipada), sem ouvir o réu. Mas isso só é hoje possível apenas naquelas hipóteses nas quais se o réu tomar conhecimento da ação puder torná-la ineficaz. Defendemos a aplicação analógica do artigo 804 do CPC, para as tutelas antecipatórias, como forma de efetivar o princípio do contraditório vislumbrado pelo artigo 5º da Constituição Federal. Ou seja, a regra é que as decisões judiciais e administrativas só devem efetivar-se oportunizando o direito de defesa; 04- em ordem a petição inicial deverá o juiz designar, ou mandar que a secretaria do juízo designe, data para audiência de conciliação que deverá realizar-se no prazo de trinta dias. No mesmo ato deve determinar a citação do réu. Esta deve ser recebida pelo réu (não por outra pessoa, quando se tratar de pessoa natural) com pelo menos dez dias de antecedência da data. O mandado citatório deve fazer menção ao dia, hora e lugar, em que se realizará a audiência, sob pena de nulidade por cerceamento do direito de defesa. Se, entretanto, o réu for a Fazenda Pública (incluindo aí o Ministério Público) os prazos contar-se-ão em dobro. Não se aplica o artigo 188, que determina a contagem em quádruplo para o oferecimento da defesa quando for ré a Fazenda Pública, autarquias e fundações públicas. Aliás, o artigo 277, que impõe estas regras, não se refere às autarquias ou fundações públicas, donde se conclui que o benefício do prazo dobrado não lhes alcança. A data de fluência deste prazo (de dez dias) divide o STJ: há precedente no sentido de que se conta da data em que ocorrer o ato citatório, e não da data da juntada do mandado aos autos; assim como também há entendimento no sentido de que se aplica o artigo 241, I, do CPC, que determina a contagem do prazo da data da juntada aos autos do mandado, ou da carta com aviso de recepção, o que nos parece mais acertado, considerando toda a sistemática que, inclusive no processo cautelar e nos embargos à execução, manda que se conte o prazo da data da juntada. Mas é certo que se houver litisconsortes com procuradores diferentes, aplica-se o artigo 191, que determina a contagem em dobro do prazo para a defesa e, de uma maneira geral, para falar nos autos. Detalhe importante refere-se à fluência deste prazo na superveniência de férias forenses. Isso nada influi no andamento dos processos que

¹⁰⁹⁸ A lei 10.444/02 acrescentou ao artigo 273 o § 7º: “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

tramitam pelo sumário, pois o inciso II do artigo 174 expressamente determina que as férias forenses não suspendem as causas do sumário.

4.2. Da audiência de conciliação; defesas; instrução e julgamento.

A audiência de conciliação prevista no artigo 277 deve obedecer aos princípios da publicidade, salvo se conforme o artigo 155, o juiz determinar que o processo tramite em segredo de justiça. Esta determinação, no sumário, só será possível pelo motivo de exigência do interesse público (inciso I). Jamais poderá motivar-se nos casos do inciso II do artigo 155, porque as ações ali mencionadas não podem seguir o sumário. A lei prevê que o juiz poderá ser auxiliado por conciliador, cujo acesso ao cargo deve dar-se por concurso público, embora não o diga a lei, mas por obediência ao princípio da moralidade administrativa estabelecido no artigo 37 da Constituição Federal. Havendo êxito na conciliação, ela deverá ser reduzida a termo e homologada por sentença do juiz. O conciliador não sentencia, apenas pode dirigir os trabalhos suasórios, mas que tem se verificado de grande utilidade prática nas estatísticas judiciais.

Se o réu não comparecer à audiência pode ser que os fatos alegados na inicial sejam tidos por verdadeiros. Isso, porém, nem sempre ocorrerá. Em primeiro lugar é necessário que tal advertência conste expressamente do mandado citatório, pois se não constar não ocorrerão os efeitos da revelia, mesmo que o réu não conteste. Segundo, também não ocorrerão os efeitos da revelia, se o réu for incapaz e não tiver representante legal, ou, o tendo, se os seus interesses colidirem com os daquele, e ainda se tiver sido citado por edital ou por hora certa ou se estiver preso. É que nesses casos o artigo 9º obriga o juiz a nomear curador especial ao revel. A jurisprudência, por sua vez, entende que este curador nomeado pelo juiz tem a obrigação de apresentar defesa sob pena de nulidade processual absoluta. Terceiro, ainda que nada disso ocorra pode ser que não se aplique a pena de confissão. O próprio artigo 277, § 2º, diz que isso acontecerá se o contrário resultar da prova dos autos. É que a revelia é presunção adstrita à matéria fática, e mais: trata-se de

presunção meramente relativa podendo o réu mesmo sendo revel ser vencedor na demanda. De toda sorte diz aquele § 2º que o juiz deve prolatar desde logo a sentença. Esta prolatação imediata não se aplica nas hipóteses retro, que exijam a nomeação de curador, o que é lógico.

As partes podem comparecer pessoalmente ou fazer-se ‘presentar’ através de prepostos com poderes para transigir. Não apenas por prepostos, mas também, alternativamente, por preposto ou por advogado com poderes para transigir. Este entendimento vigia ainda quando da época do sumaríssimo e a jurisprudência o manteve na vigência do sumário. Mas se o advogado da parte ré não comparecer, sua defesa não deve ser considerada, conforme restou assentado no simpósio de Curitiba de 1975, e seguido por acórdão publicado em RT 482/271 e JTA 84/421. Na audiência mesma deverá o juiz decidir sobre os incidentes processuais que eventualmente possam surgir, como a impugnação ao valor da causa, ou a controvérsia sobre a natureza da demanda e, se entender necessário, pode determinar a conversão do procedimento sumário para ordinário. Esta conversão verificar-se-á sempre que a causa exigir a produção de prova técnica de maior complexidade.

Se a conciliação não lograr êxito e se não for caso de o juiz sentenciar por revelia, ou para indeferir a petição inicial, deverá o réu apresentar sua defesa. A defesa no sumário diferencia-se da do ordinário pela forma: naquele ela pode ser escrita ou oral; neste (ordinário) apenas pode ser escrita. Diferencia-se ainda pelo fato de haver obrigatoriedade da apresentação do rol de testemunhas, na própria contestação. No ordinário, como vimos acima, isso pode ocorrer em momento posterior. Também em relação à perícia (que, conforme o artigo 420, envolve vistorias, exames e avaliações) as defesas são distintas. No ordinário não há obrigatoriedade de o réu indicar desde logo o assistente técnico e formular quesitos, mas no sumário isso é um ônus, que se inobservado resulta em perda do direito de exigir tal prova, não se poderá dizer que houve cerceamento ao direito de defesa, como poderia acontecer no ordinário. No sumário, antes da vigência da lei nº 10.444/02, o perito tinha o dever de entregar o seu laudo no prazo de quinze dias, como dizia o inciso II, do artigo 280. Esta lei, contudo, alterou o artigo 280 e suprimiu a especialização procedimental

quanto a este aspecto da perícia.¹⁰⁹⁹ No ordinário, consoante o § 1º do artigo 420, será o juiz que determinará o prazo para o perito entregar o seu laudo.

Na defesa do sumário, o réu deverá impugnar o valor da causa e, embora não haja previsão no artigo 301, neste caso deverá fazê-lo através de preliminar de contestação. As defesas processuais são: contestação, exceções e reconvenção, como está escrito no artigo 297. As exceções, segundo o artigo 305, nas suas três espécies podem ser utilizadas pela parte interessada no prazo de quinze dias, contados do fato que ocasionou a incompetência relativa, o impedimento ou a suspeição (as três espécies de exceções). Mas, neste particular a jurisprudência é dividida: uma corrente entende que as exceções devem ser apresentadas, no sumário, no prazo da defesa, ou seja, até a audiência (RT 547/25. 482/71); outra, muito mais coerente, sem sombra de dúvida, entende que devem ser apresentadas no prazo de quinze dias contados na forma do artigo 241 (RJTJESP 43/177 – 128/307). É que nem sempre o motivo que resulta na incompetência relativa, suspeição ou impedimento, é vislumbrável no momento da apresentação da defesa, que ocorre na audiência. E se ocorresse depois? Ficaria a parte impedida de arguir estas espécies de defesa? Em obséquio ao princípio do contraditório esta última solução é de melhor técnica processual.

A reconvenção não é cabível no sumário. As ações que tramitam pelo sumário são consideradas dúplices, ou seja, é na própria contestação que o réu postulará pedido contra o autor, dê-se que baseado nos mesmos fatos referidos na petição inicial. A contestação, em princípio, é meio de defesa, pelo qual o réu apenas se contrapõe à ‘agressão’ sofrida na petição inicial, mas sem contra-atacar o autor para postular pretensão contra ele. Este contra-ataque, via de regra, ocorre com a reconvenção, que tem natureza de ação, salvo se se tratar de ação de natureza dúplice.

Uma vez não obtida a conciliação, e havendo necessidade de produção de prova oral, e se não for caso de o juiz declarar extinto o processo por qualquer motivo, ou ainda,

¹⁰⁹⁹ A redação anterior do artigo 280 era a seguinte: *No procedimento sumário: I - não será admissível ação declaratória incidental, nem a intervenção de terceiro, salvo assistência e recurso de terceiro prejudicado; II - o perito terá o prazo de quinze dias para apresentação do laudo; III - das decisões sobre matéria probatória, ou proferidas em audiência, o agravo será sempre retido.* A redação atual: *"Art. 280. No procedimento sumário não são admissíveis a ação declaratória incidental e a intervenção de terceiros, salvo a assistência, o recurso de terceiro prejudicado e a intervenção fundada em contrato de seguro."*

se não for caso de o juiz julgar antecipadamente a lide (o que ocorrerá – artigo 330 – quando a matéria de mérito for unicamente de direito ou quando, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produção de prova em audiência, ou quando ocorrer a revelia), será designada data próxima, não excedente de trinta dias, para audiência de instrução e julgamento. Esta poderá alongar-se se houver necessidade de produção de prova pericial. Aliás, a jurisprudência entende que a realização de perícia no sumário, não converte o procedimento para ordinário. Nada impede, também, que se as partes concordarem, no caso de haver necessidade de produção de prova oral, não de perícia, a audiência possa prosseguir no mesmo dia, quando não obtida a conciliação. É esta a interpretação que extraímos do § 2º do artigo 278.

4.3. Da intervenção de terceiros e dos recursos cabíveis.

Por vedação expressa do inciso I, do artigo 280, a intervenção de terceiros e a ação declaratória incidental passaram a ser proibidas no sumário, exceto se se tratasse de assistência e do recurso de terceiro prejudicado. Com a redação prescrita pela lei nº 10.444/02, passou-se a admitir, também, a intervenção de terceiros baseada em contrato de seguro, nos seguintes termos: artigo 280 - *No procedimento sumário não são admissíveis a ação declaratória incidental e a intervenção de terceiros, salvo a assistência, o recurso de terceiro prejudicado e a intervenção fundada em contrato de seguro.*

Sobre ação declaratória incidental remetemos o leitor para o capítulo seis, item 5.1. Das espécies de intervenção de terceiros proibidas pelo dispositivo, inserem-se: a nomeação à autoria, porque o seu objeto centra-se sobre pretensão reivindicatória ou possessória; o chamamento ao processo, porque incide apenas nos casos de dívida solidária e de fiança; os embargos de terceiros (artigo 1046), pois apesar de a constrição judicial que o justifica ser factível em ação de conhecimento, a tramitar pelo sumário, inclusive, ele não terá como causa contrato de seguro, nem mesmo nas hipóteses de cabimento do artigo 1047.

Esta proibição em relação aos embargos de terceiros é de gritante inconstitucionalidade, pois proíbe que alguém, uma vez turbado ou esbulhado na posse de seus bens, tenha garantido o direito de acesso à justiça (albergado pelo artigo 5º da Constituição Federal). Ora, se se admite a antecipação de tutela no sumário, o que nos parece impassível de controvérsia, e se ela permite que se execute provisoriamente o provimento que a concede, e se este atingir a esfera patrimonial de terceiro, não há como se impedir o uso dos embargos de terceiros. Isso resta cristalizado pela leitura do artigo 1048, que está a permitir que os embargos de terceiros sejam opostos, a qualquer tempo, no processo de conhecimento enquanto não transitada em julgado a sentença. Pode-se argumentar que o fato de esta modalidade de intervenção vir disciplinada no livro IV, não seria uma daquelas espécies vedadas pelo artigo 280. Mas se isso é verdade, a denunciação da lide e a oposição, por exemplo, que apesar de quedarem-se reguladas nos artigos 56 e 70, e no capítulo próprio das modalidades das intervenções de terceiros, também têm natureza jurídica pacífica de ação, da mesma forma que os embargos de terceiros. Aliás, o nosso CPC foi criticado exatamente por não haver regulado os embargos de terceiros juntamente com as demais espécies no livro I, tal como operou o código de processo civil português.

O caso da vedação da denunciação da lide – que não tenha por base contrato de seguro -no sumário consiste num absurdo processual. Doutrina e jurisprudência já sedimentaram o entendimento de que apenas no caso da evicção (inciso I, 70), é que é obrigatória a denunciação da lide, em face de determinação expressa do CC. De nossa parte defendemos que ela é facultativa em qualquer caso. Mas, a prevalecer o entendimento de que, pelo menos nos casos de evicção ela é obrigatória, imagine-se uma hipótese em que o réu fosse evicto e demandado pelo sumário. O que ocorreria? Ora, a lei criou um impasse absurdo: primeiro o réu estaria obrigado a denunciar da lide, por força do inciso I do artigo 70; segundo, se ele não fizesse isso perderia o direito de ação regressiva contra o evictor, porque obrigatória é a denunciação da lide nesse caso; terceiro, ele simplesmente não poderia denunciar da lide porque o artigo 280 proíbe-o. Concluindo, verifica-se um total paradoxo entre o artigo 280, com todos os incisos do artigo 70, porque pela letra da lei todos os casos de denunciação da lide são obrigatórios, o que já deveria ter sido alterado pelo legislador.

Quanto ao recurso das sentenças decorrentes do sumário, na atual sistemática nenhuma diferença há em relação ao ordinário. Porém, das decisões interlocutórias sobre matéria probatória ou proferidas em audiência o recurso adequado era, como dizia o extinto inciso III, do artigo 280, sempre, o agravo retido. Esta regra tinha aplicação tanto para a audiência de conciliação, quanto para a de instrução e julgamento. E o agravo retido podia ser interposto verbalmente (523, § 3º), ou no prazo de dez dias, contra as decisões proferidas em audiência.¹¹⁰⁰ Pois bem, com a edição da lei 10.444/02, foi suprimida a obrigatoriedade da interposição do agravo retido contra as decisões proferidas em audiência e sobre matéria probatória, no sumário. O que ocorreu foi que a lei nº 10.352/01 alterou o § 4º do artigo 523, passando a determinar que o agravo contra as decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento será retido, salvo nos casos de dano de difícil e de incerta reparação. Restou superda a obrigatoriedade de interposição de agravo retido em matéria probatória no sumário, bem como o entendimento de que este recurso era o apropriado contra as decisões proferidas em audiência conciliatória no sumário. Agora, terá cabimento apenas o agravo retido contra as decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento, quer ocorram no ordinário quer no sumário.

5. Procedimento ordinário e fases processuais.

O sumário se constitui num procedimento de exceção. Sua aplicação faz-se apenas nos casos do artigo 275. Mas ao lado desse rito, tem-se outro que se constitui no padrão para a maioria das causas: trata-se do procedimento ordinário. Pelo fato de ser o “padrão”,

¹¹⁰⁰ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. vol. II, p.119.

tem aplicação subsidiária em todas as demais espécies de ritos. O parágrafo único do artigo 272 diz que ele se aplica subsidiariamente ao procedimento especial e ao sumário. O artigo 598 diz que o rito ordinário aplica-se subsidiariamente ao processo de execução. E o artigo 803 diz que se o réu contestar o processo cautelar e se houver necessidade de produção de prova, o juiz deve designar audiência de instrução e julgamento, que também será regida pelo procedimento ordinário, assim como as demais provas a serem produzidas. O ordinário é regido pelos artigos 282 a 475 do CPC. Localiza-se no livro I, título VIII e tem oito capítulos, assim distribuídos: Capítulo I - Da petição inicial - arts. 282 a 296. Capítulo II - Da resposta do réu - arts. 297 a 318. Capítulo III - Da revelia - arts. 319 a 322. Capítulo IV - Das providências preliminares - arts. 323 a 328. Capítulo V - Do julgamento conforme o estado do processo - arts. 329 a 331. Capítulo VI - Das provas - arts. 332 a 443. Capítulo VII - Da audiência - arts. 444 a 457. Capítulo VIII - Da sentença e da coisa julgada - arts. 458 a 475.

O problema da demarcação das fases processuais do procedimento ordinário, não é pacífico. Alguns doutrinadores como Amaral Santos e Frederico Marques vislumbram quatro fases: a postulatória, a ordenadora, a instrutória e a decisória.¹¹⁰¹ Pensamos, porém, que o procedimento ordinário envolve as seguintes fases:

1^a - **postulatória** - também chamada de ordinatória, compreende os atos postulatórios do autor (petição inicial) e da resposta do réu (contestação), bem como a resposta do autor reconvinando se houver reconvenção, pois nesse caso, como a reconvenção é uma nova ação distribuída ao processo preexistente em face da conexão, e proposta pelo réu contra o autor que demanda em nome próprio, por conta disso as posições processuais invertem-se: o réu da ação principal passa a ser autor da reconvenção (réu-reconvinte), e o autor da ação principal passa a ser réu (autor-reconvindo);

2^a - **fase ordenadora ou saneadora** – segundo alguns esta fase não mais existe, mas significa representa a fase correspondente às providências preliminares (artigo 323-8), onde o juiz faz o *saneamento* do processo (artigo 331). A moderna doutrina acha que não

¹¹⁰¹ “Assim, há uma ordem lógica no processo de conhecimento: a apresentação das pretensões, prova dos fatos, decisão. Tais são as fases lógicas do processo de conhecimento: fase postulatória, fase probatória e fase decisória”. SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. vol. II, p. 123.

mais existe uma fase saneadora do processo, pois a relação jurídica processual deve ser saneada ato a ato. Entretanto, parece-nos evidente que em alguns casos a fase saneadora é indispensável, pois a teor do artigo 331, quando não for hipótese de julgamento antecipado da lide, ou de extinção do processo, e recaindo a controvérsia sobre direito transacionável, o juiz é obrigado a tentar conciliar. Ora, neste caso, fala-se, também, numa *fase conciliadora*, adstrita à fase saneadora, na qual o juiz exerce atividade suasória visando a pôr fim ao litígio. Pois bem, quando o juiz não logra êxito na conciliação diz o artigo 331, que ele deve fixar os pontos controvertidos e decidir as *questões processuais pendentes*, bem como e determinar as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário. Ora, é claro que esta providência determinada pelo § 2º do artigo 331 constitui sim atividade saneadora. Certo é que as reformas tópicas que estão se operando no código de processo civil estão acarretando problemas de ordem lógico-gramatical-processual.¹¹⁰²

A comprovação da existência da fase saneadora fica é evidente, mesmo que a lei nº 10.444/02 tenha alterado a Seção III do capítulo V (do julgamento conforme o estado do processo), cujo título desta seção III era: “*do saneamento do processo*” (com redação dada pela lei nº 5.925/73), e passou a ser denominado de “*da audiência preliminar*” (redação outorgada pela lei nº 10.444, de 7.5.2002).¹¹⁰³ Mesmo assim, a própria lei nº 10.444/02, no § 3º, esclareceu que mesmo não havendo a possibilidade de conciliação – casos nos quais o direito em litígio não admite transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção -, o juiz poderá, desde logo, “sanear” o processo e ordenar a produção da prova.

¹¹⁰² A respeito da problemática da fixação dos pontos controvertidos, vide item 9.1. do capítulo 14.

¹¹⁰³ A redação atual do artigo 331 é a seguinte: *Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002). § 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994). § 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994). § 3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002).*

A respeito do saneamento do processo, a jurisprudência já mitigou a exigência do antigo e desnecessário despacho saneador negativo que o juiz prolatava quando ia julgar a lide antecipadamente (artigo 330), o que gera a oportunidade para a interposição do recurso de agravo de instrumento. Na medida em que o magistrado verifica a existência de um ato irregular, deve, de imediato, sanar a falha, sem esperar a superveniência da fase saneadora. Em conclusão, verifica-se que a fase saneadora nem sempre é necessária. É dispensável sempre que for caso: de julgamento antecipado; nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito; nos de julgamento com mérito desde que: o réu reconheça a procedência do pedido; as partes transijam; o juiz pronuncie a decadência ou a prescrição; o autor renuncie ao direito sobre que se funda a ação, artigo 269, II a V; ainda é dispensável a fase saneadora nos casos nos quais o direito em litígio não admite transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção. Nestas hipóteses o juiz exerce a atividade saneadora ato a ato, mas uma *fase* específica para isto.

3ª- **fase instrutória ou probatória** - não possui uma demarcação rígida, eis que é possível a produção de prova documental já com a petição inicial (em alguns casos ela é obrigatória, vide artigo 283), ou com a contestação, e até mesmo após os articulados, quando destinados (os documentos novos) a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapor-los aos que foram produzidos nos autos. (artigo 397). É certo, porém, que há um momento oportuno para a produção das provas, e isso se dá com a decisão que determina a instrução da causa (331, §§ 2º e 3º). Se as provas a serem produzidas não forem orais, devem ocorrer antes da audiência.¹¹⁰⁴ Esta fase termina com os debates orais em audiência, ou com o oferecimento de memoriais, que ocorre ao final da audiência de instrução e julgamento.

4ª- **fase decisória** – ocorre ao final dos debates orais ou depois da apresentação dos memoriais, caso em que o juiz deverá prolatar imediatamente a sentença ou no prazo de dez dias (artigo 456). As alegações finais, em princípio, só devem ser substituídas por

¹¹⁰⁴ Exceto se o juiz, mesmo após a instrução da causa, resolver transformar o julgamento em diligência com base no parágrafo único do artigo 132: *Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 8.637, de 31.3.1993).*

memoriais quando a causa apresentar questões complexas de fato ou de direito, nesta hipótese o juiz designará dia e hora para o seu oferecimento (artigo 454, §3º).

5ª- **fase recursal** – a sentença só produz coisa julgada se transitar em julgado. E a sentença pode ser objeto de recurso, voluntário ou necessário (artigo 475), assim, só após o julgamento dos recursos interpostos é que se produzirá a coisa julgada. Ademais, com o recurso de apelação forma-se um novo procedimento, tanto na primeira quanto na segunda instância. No processo trabalhista, diferentemente do cível, há ainda a fase de execução. Isso não acontece no processo civil porque nele a execução se constitui em nova ação.

5.1. Da petição inicial.

A petição inicial é pressuposto processual de formação da relação processual indispensável, salvo nos casos em que o princípio do dispositivo não incide, como acontece com o inventário (artigo 989). É através dela que a parte autora provoca a Jurisdição (princípio da inércia, artigo 2º e 262). Com sua interposição (distribuição) forma-se relação jurídica processual linear entre autor e Estado, que estará obrigado a atuar de acordo com as normas processuais para atuar a Jurisdição. Mas, relação jurídica processual típica só se forma mesmo com a citação válida do réu: relação jurídica processual angular, onde o juiz substituirá a vontade das partes, não as partes em si, no sentido de Chiovenda, para dizer o direito.

Na petição inicial além de se referir à sua pretensão, o autor deve formular requerimento para dar conhecimento ao réu da existência da propositura de uma ação contra a sua pessoa (princípio do contraditório). Então a petição inicial abrange um pedido e um requerimento, que na época das ordenações eram formulados em peças distintas. A petição inicial de então era adstrita ao requerimento de citação do réu para apresentação de defesa conforme os termos do libelo. O libelo, por sua vez, consistia numa outra peça escrita contendo a pretensão e o pedido. Depois, com o Reg. 737, bem como na época dos

códigos estaduais, era permitido ao autor fazer o pedido e o requerimento numa única peça ou em separado. Isso terminou com o CPC de 1939, no que foi seguido pelo atual, onde pedido e requerimento para citação do réu devem ser formulados numa única peça processual: a petição inicial.¹¹⁰⁵ A lei 9.099/95, não fez distinção alguma entre pedido e petição inicial, ao regular o assunto no artigo 14.¹¹⁰⁶

Os requisitos da petição inicial subdividem-se em externos e internos. Aqueles se referem à sua forma, que deve ser escrita. Aliás, a lei 9.800/98 trouxe a petição inicial eletrônica, permitindo que a parte autora formule sua pretensão e faça o seu requerimento de citação do réu através de *e-mail*, devendo, porém, levar a cartório os originais no prazo de cinco dias. Os requisitos internos, ora dizem respeito ao processo, ora ao mérito. São requisitos internos referentes ao processo, os incisos I, II, V, VI e VII, ou seja: *I - o juiz ou tribunal, a que é dirigida; II - os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu; III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; IV - o pedido, com as suas especificações; V - o valor da causa; VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados; VII - o requerimento para a citação do réu*. Referem-se ao mérito os incisos III e IV do artigo 282: os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido (III), e o pedido com suas especificações (IV).¹¹⁰⁷

A estes requisitos deve ser acrescentado o referido pelo inciso I do artigo 39 do CPC, pois lá está escrito que o advogado deve declarar, tanto na petição inicial quanto na contestação, o endereço em que receberá intimação. Já em relação à mudança de endereço, a jurisprudência entende que a sua comunicação é desnecessária se ele já constar em papel impresso de petição apresentada pelo advogado (RT 567/127). Além destes requisitos podemos acrescentar a assinatura do advogado na petição inicial, pois sua ausência acarretará a extinção do processo por defeito de representação (artigo 37 do CPC), mas antecedida – a extinção - de oportunidade para que o advogado sane o defeito no prazo de

¹¹⁰⁵ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. vol. II, p.131.

¹¹⁰⁶ NEGRÃO, Theotonio, op. cit. nota ao artigo 14 da lei 9.099/95.

¹¹⁰⁷ SANTOS, Moacyr Amaral, em op. cit. vol. II, p.132.

quinze dias, prorrogável por mais quinze, a critério do juiz. No mais o STJ já entendeu que ao juiz não é lícito exigir qualquer outro requisito não exigido por lei federal.¹¹⁰⁸

Existe um Decreto-lei (nº 147/67) que exige, sob pena de indeferimento liminar, que a petição inicial das ações propostas contra a Fazenda Nacional, ou contra a União Federal, obrigatoriamente indique, de forma precisa, o ato impugnado, bem como *a menção exata da autoridade que o tiver praticado e a individuação perfeita do processo administrativo, por sua numeração no protocolo da repartição*. Deve ainda a petição inicial ser acompanhada de cópias autenticadas dos documentos que a instruírem, as quais serão remetidas à Procuradoria da Fazenda Nacional juntamente com a contrafé.¹¹⁰⁹

5.2. Do órgão judiciário a que se deve dirigir a petição inicial.

Trata-se do cabeçalho, ou endereço da petição inicial. O conhecimento deste requisito unge-se ao conhecimento dos critérios determinantes da competência. Não se deve indicar o nome da pessoa do juiz, mas o órgão com competência para processar e julgar a causa.¹¹¹⁰

5.3. Da qualificação das partes.

¹¹⁰⁸ "Não é lícito ao Poder Judiciário estabelecer, para as petições iniciais, requisito não previsto em lei federal (CPC, art. 282). Assim, o juiz não pode determinar que a petição inicial seja instruída com cópia do CPF das partes". (STJ -1ª Turma, RMS 3.568-9-RJ, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 14.9.94, deram provimento, v.u., DJU 17.10.94, p. 27.860, 1ª col., em.). NEGRÃO, Theotonio, em op., cit. em nota ao artigo 282.

¹¹⁰⁹ Ibidem.

¹¹¹⁰ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. vol. II, p. 132.

Trata-se de exigência de identificação de um dos elementos da ação: as partes. Sua finalidade é individualizar os litigantes, mas este requisito está a sofrer certa mitigação do STJ, que certa vez já entendeu que a exigência de aposição dos nomes das partes na petição inicial pode ser suprida pelo conteúdo da procuração (*STJ -3ª Turma, REsp 11.096-MG, rel. Min. Dias Trindade, j. 20.8.91, não conheceram, v.u., DJU 16.9.91, p. 12.634, 1ª col., em*).¹¹¹¹ Dificuldade ocorre nas possessórias quando o autor não consegue identificar todas as pessoas que praticaram o esbulho ou a turbação, em casos de invasão coletiva de propriedade. Posiciona-se o STJ que isso não constitui óbice ao andamento do processo, mormente se se trata de invasão coletiva, caso em que o oficial de justiça pode citar os invasores que encontrar no local (*RT 704/123, Lex- JTA 146/96*).¹¹¹²

Quanto ao endereço, não se exige que a parte autora comprove a residência ou o domicílio da parte demandada, basta a simples indicação na petição inicial.

5.4. O fato e os fundamentos jurídicos do pedido.

Este requisito conforma o libelo e prende-se ao mérito da causa. A referência ao fato é sinônimo de causa de pedir. E a referência aos fundamentos é sinônimo de pretensão, o objeto do processo.¹¹¹³ Relembre-se que em relação à causa de pedir o CPC adotou a teoria da substanciação, pela qual, na petição inicial deve a parte autora demonstrar tanto a causa de pedir próxima quanto a remota. Aquela é o fato jurídico que dá origem ao direito material com pertinência às partes legítimas, numa ação de despejo por falta de pagamento será o contrato de locação. Esta é o fato que proporciona o exercício do direito de ação, que, na mesma ação, será a inadimplência do locatário.

¹¹¹¹ NEGRÃO, Theotonio, em op., cit. nota ao artigo 282.

¹¹¹² Ibidem.

¹¹¹³ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. Vol. II, p. 133.

Sob o prisma material a pretensão consiste no objeto do processo, e sob o formal será o processo em si, eis que o processo atua sobre ele mesmo.¹¹¹⁴ A parte autora só pode alterar a causa de pedir ou o pedido, sem a aquiescência do réu, até que ocorra a citação válida. E se o saneamento do processo já tiver ocorrido, nem que o réu consinta poderá o autor modificá-los. Mesmo que ocorra a revelia não é possível ao autor alterar o pedido ou a causa de pedir, e, se ele (autor) pretender promover declaração incidente, terá de promover nova citação do réu (artigo 321). E a ausência de pedido ou de causa de pedir acarreta a inépcia da petição inicial (295, parágrafo único, I). A jurisprudência admite que nas ações de estado possa a parte autora omitir o fato que fundamenta a ação, quando sua narração comprometa a família ou envolva a honra dos cônjuges. Mas nesse caso deve ser ressalvado que se a conciliação não lograr êxito, pode a parte autora fazer aditamento à petição inicial (vide RJTJESP 108/260). A jurisprudência entende ainda que o CPC não exigiu a declinação do fundamento legal, mas apenas do fundamento jurídico, consubstanciado na causa de pedir (JTA 120/277 e RTJ 95/1.312).¹¹¹⁵

5.5. O pedido com suas especificações.

O pedido é o objeto do processo. E ele pode ser mediato, e aí está o nítido sentido de pretensão material, eis que vinculado ao direito material, vertido para o próprio bem material em lide, por exemplo, o imóvel na ação de despejo reintegrado à posse do autor. Pode, doutro turno, o objeto do processo ser imediato, e aí teremos a providência jurisdicional que proporcionará a efetivação do objeto mediato, ou seja, será a sentença condenatória que determinará a desocupação do imóvel locado. É o artigo 286 quem regulamenta o pedido e estabelece uma regra e algumas exceções: a regra é a de que o pedido deve ser certo e determinado; em alguns casos, porém, ele pode ser genérico. As exceções estão nas hipóteses de: ações universais, se não puder o autor individuar na petição os bens demandados; quando não for possível determinar, de modo definitivo, as

¹¹¹⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*, p. 93.

¹¹¹⁵ NEGRÃO, Theotonio, em op. cit. nota ao artigo 282.

consequências do ato ou do fato ilícito; quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu.

A lei nº 10.444/02 operou modificação no artigo 287.¹¹¹⁶ A nova redação ampliou a possibilidade de incidência do artigo, pois passou a admitir o requerimento de aplicação de pena pecuniária não apenas no caso de descumprimento de sentenças. Agora, é lícito ao autor postulá-la também para o caso de não atendimento de decisão antecipatória dos efeitos da tutela.¹¹¹⁷ Mas, como a lei nº 10.444/02 permitiu ao juiz deferir decisão cautelar, quando o autor tenha requerido a antecipação dos efeitos da tutela inadequadamente, nada impede a aplicação da pena pecuniária também nesta espécie de provimento judicial. Frise-se que mesmo antes desta alteração a parte autora já podia requerer a aplicação das astreintes em caso de não atendimento espontâneo às decisões interlocutórias, posto que o artigo 461 já previa que havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, que o juiz concedesse a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. Neste caso, já dizia o § 4º do artigo 461, que o juiz podia, na liminar ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor. É claro que não era vedado ao autor fazer o requerimento, assim como também não é vedado ao juiz aplicar a pena quando o autor não a tiver requerido, pois neste particular o artigo 461 não foi modificado: continua em vigor o seu § 4º; e é compatível com a nova redação do artigo 287.

Depois, a lei nº 10.444/02 ampliou ainda mais o tipo do artigo 287, quando permitiu a aplicação de pena pecuniária, que não se confunde e nem exclui a aplicação da multa do artigo 14 – instituída pela lei nº 10.358/01 –, para as hipóteses de entrega de coisa, e não apenas para as obrigações de fazer, mesmo que a entrega da coisa requeira atividade de terceiro.¹¹¹⁸

¹¹¹⁶ A redação anterior era a seguinte: *Se o autor pedir a condenação do réu a abster-se da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade, ou a prestar fato que não possa ser realizado por terceiro, constará da petição inicial a cominação da pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença (arts. 644 e 645).* A redação atual: *Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela (arts. 461, § 4º, e 461-A).* Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002.

¹¹¹⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 80.

¹¹¹⁸ *Ibidem*, no que se refere à possibilidade de entrega da coisa por terceiro.

A aplicação do artigo 287 presta-se tanto para obrigações fungíveis, isto é, quando a prestação pode ser adimplida por terceiro, quanto para obrigações infungíveis: absoluta e relativamente. Exemplo dessas últimas encontra-se no artigo 639, que trata das execuções de obrigação de fazer infungível, relativamente, ou seja, aquelas obrigações em que a parte devedora estava obrigada a emitir declaração de vontade, mas, nega-se a isso. Embora só quem possa prestar a obrigação seja a parte contratante, outra pessoa não poderia, e por isso é que é infungível, havendo recusa pode o judiciário suprir tal declaração de vontade, e por isso é que é infungível relativamente. É o exemplo típico dos contratos de promessa de compra e venda, onde o promitente comprador cumpre sua parte da avença, mas o promitente vendedor, ao final, recusa-se a emitir a declaração de vontade final para a transmissão do domínio. Exemplo das primeiras, ou seja, obrigações de fazer infungível absolutamente, consiste na contratação de obrigação cuja prestação somente pode ser efetivada pelo contratado.

Em conclusão, quando o autor formular pedido genérico o juiz poderá prolatar sentença ilíquida, mas, se pleitear de forma certa e determinada o juiz estará obrigado a prolatar sentença líquida (parágrafo único do artigo 459). A prolatação de sentenças ilíquidas é proibida pela lei 9.099/95.

5.6. O problema da atribuição do valor da causa.

A obrigatoriedade de o valor da causa constar sempre da petição inicial decorre da norma do artigo 258 do CPC, que também estabelece as regras de sua fixação. A impugnação ao valor da causa, que incumbe ao réu, deve ser feita conforme o tipo de procedimento. Se se tratar de procedimento ordinário, deverá o réu impugná-lo no prazo da contestação, seguindo o determinado no artigo 261. Trata-se de incidente processual que não suspende o processo. Havendo sua interposição, o juiz sem suspender o andamento do feito abrirá vista para a parte autora manifestar-se no prazo de cinco dias. Mas, se o procedimento for o sumário, o réu deve argüi-lo em preliminar de contestação, mesmo que

as matérias objeto de preliminares estão arroladas no 301, dentre as quais não se insere a aventada impugnação ao valor da causa. Mas é certo que o réu pode impugnar o valor da causa no sumário, em sua contestação e, evidentemente, não fará isto quando for discutir o mérito, como está escrito no § 4º do artigo 277. E, diferentemente do que ocorre no ordinário, o juiz deverá decidir de plano a impugnação, assim como qualquer controvérsia sobre a natureza da demanda, podendo, inclusive, se for o caso, determinar a conversão do rito sumário para ordinário. Aliás, esta conversão do sumário para o ordinário pode também ocorrer quando houver necessidade de realização de prova técnica de maior complexidade, como possibilita o § 5º do artigo 277.

5.7. As provas.

Se o ônus da prova incumbe a quem alega os fatos, deve o autor provar os fatos que fundamentam o seu direito. Exige-se que o autor especifique quais os meios de prova com os quais pretende demonstrar a verdade dos fatos. Não se requer que se individualizem as provas a serem produzidas, mas apenas mencionar as espécies de prova: documental, testemunhal, pericial, etc. Mas se o autor já sabe, adrede, quais as provas exatas que pretende utilizar-se é lícito indicá-las e requerê-las de imediato.¹¹¹⁹ Se o procedimento adequado for o sumário as provas pericial e testemunhal devem vir detalhadas (quesitos, assistente técnico, rol de testemunhas) na petição inicial e na defesa.

O CPC, no artigo 332, admite que as partes utilizem-se de todos os meios legais, bem como dos moralmente legítimos, mesmo que não especificados no código, para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa.

5.8. O requerimento para a citação do réu.

¹¹¹⁹ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. vol. II, p. 135.

A citação pode ser feita não apenas ao réu, mas, também ao interessado (artigo 213). Exige-se o requerimento porque o juiz não pode determinar a citação de alguém que não tenha sido incluído pela parte autora, pois nesse particular também impera o princípio do dispositivo, ou inércia. Tanto que no caso de o juiz perceber que a parte autora não requereu a citação de litisconsortes necessários, pela regra do parágrafo único do artigo 47, ele deve intimar a parte autora para que ela promova (requeira) a citação, e não ele mesmo, sem provocação determinar isso de ofício, como acontece com o CPC italiano, e como defendemos que se proceda.

5.9. Dos documentos.

Outro requisito da petição inicial, agora previsto pelo artigo 283, é a colação, a anexação dos documentos indispensáveis à propositura da demanda. São indispensáveis não apenas os documentos que a lei exige para a propositura da ação, mas também aqueles que, pelo fato de o autor neles basear-se para a prova de seu direito, são essenciais à causa. Por essa razão o artigo 396 determina que a parte autora junte à petição inicial os documentos destinados a provar-lhes as alegações.

É assim que na petição inicial da ação de execução deve o exequente, em face do artigo 614, anexar o título executivo, líquido, certo e exigível. Também o artigo 11 da lei de falência (Decreto-lei 7.661/45) exige que o autor prove documentalmente a condição de credor, exibindo o título de seu crédito e ainda com a certidão de protesto que caracteriza a impontualidade do devedor. Se a petição inicial não estiver acompanhada do documento público que a lei considere indispensável à prova do ato, mesmo que o réu não conteste a ação, não se produzirão os efeitos da revelia, como está escrito no inciso III, do artigo 320. E mais o 366, de forma taxativa diz que quando a lei exigir, como sendo da substância do

ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja pode suprir-lhe a falta.

O instrumento de mandato é documento que deve acompanhar a petição inicial desde o momento da distribuição.¹¹²⁰ O artigo 37 impõe que o advogado, para procurar em juízo, esteja munido do instrumento de mandato, exceto para evitar o perecimento do direito pela prescrição ou decadência, ou praticar atos processuais reputados urgentes. Nesses casos o advogado obrigar-se-á, independentemente de caução (a extinta caução de rato), a exhibir o instrumento de mandato no prazo de quinze dias, prorrogáveis por mais quinze, por despacho do juiz. O advogado deve ratificar os atos praticados sob pena de serem havidos por inexistentes e, ainda, responder por perdas e danos.

Lembre-se que na hipótese do artigo 327, quando o réu alegar qualquer das preliminares previstas no artigo 301, o juiz deverá dar vista à parte autora por dez dias, permitindo-lhe a produção de prova documental. Como já dissemos, no caso do artigo 397, poderão as partes juntar documentos novos, a qualquer tempo, quando destinados a provar fato novo, ou seja, ocorrido após os articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.

Até mesmo em sede de apelação a jurisprudência tem admitido, com arrimo no artigo 517, a juntada de documentos. Há entendimento de que isso só é possível se a parte provar que não o juntou anteriormente, em razão de força maior impeditiva dessa juntada (vide *JTA 118/226*). Entretanto, há que se distinguir fato novo de documento novo, pois só as questões de fato não suscitadas no juízo do primeiro grau é que estão sujeitas às limitações do artigo 517. Já os documentos, mesmo novos, e se se referirem a questões já discutidas no primeiro grau, embora nesse caso o fato não seja novo, poderão ser produzidos na apelação dès que não sejam essenciais para a prova do fato constitutivo.¹¹²¹ É que se os documentos se referissem a fato constitutivo, como já vimos, deveriam ter sido produzidos na petição inicial (artigo 283).

¹¹²⁰ O artigo 254 diz que: *É defeso distribuir a petição não acompanhada do instrumento do mandato, salvo: I - se o requerente postular em causa própria; II - se a procuração estiver junta aos autos principais (no caso das ações acessórias); III - no caso previsto no art. 37.*

¹¹²¹ NEGRÃO, Theotonio, em op., cit. em anotação ao artigo 397.

Já em relação ao agravo por instrumento, a lei é rigorosa. O artigo 525 elenca como documentos obrigatórios, a serem produzidos com a petição inicial do agravo. São eles: as cópias autênticas: da decisão agravada; da certidão da respectiva intimação; das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado. Eis os documentos obrigatórios.¹¹²² Mas, ainda existem os documentos *necessários* ao conhecimento do agravo, que apesar de não considerados pela lei como obrigatórios, são indispensáveis ao conhecimento do recurso, são eles: os documentos mencionados pelos documentos obrigatórios, bem como todos os demais sem os quais não seja possível a apreciação do recurso. A falta desses documentos necessários acarreta o não conhecimento do recurso.¹¹²³

5.10. Dos defeitos sanáveis da petição inicial.

Distribuída a petição inicial algumas situações processuais podem ocorrer:

1º- não estando em ordem, conforme os artigos 282-3, deve o juiz conferir oportunidade para emenda ou complementação da petição no prazo de dez, como manda o artigo 284. Este artigo alberga o princípio do aproveitamento dos atos processuais.¹¹²⁴ Se o autor sanar a falha, prossegue-se com a citação ou apreciação de liminar: antecipatória dos efeitos da tutela, ou cautelar (lei nº 10.444/02, que alterou o artigo 273). A citação válida acarreta vários efeitos, como previsto no artigo 219 (prevenção, litispendência, torna a coisa ou o direito litigiosos, interrompe a prescrição ainda que ordenada por juiz incompetente, constitui o devedor em mora). A decisão que antecipa os efeitos da tutela, ou que defere cautelar, deve ser precedida, sempre que possível, da oportunidade de o réu contraditá-la.

¹¹²² Sendo que a lei nº 10.352, ainda obrigou o agravante a mais uma exigência: requerer no prazo de três dias a juntada aos autos do processo que tramita no primeiro grau, cópia da petição do agravo de instrumento com o comprovante da interposição e com a relação dos documentos utilizados no recurso. Pois bem, disse aquela lei que: *O não cumprimento do disposto neste artigo, desde que argüido e provado pelo agravado, importa inadmissibilidade do agravo.*

¹¹²³ NEGRÃO, Theotonio, em op. cit. em nota ao artigo 525.

¹¹²⁴ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. vol. II, p. 135.

2º- não estando em ordem a petição inicial e não sendo possível sanar o defeito, deve ser indeferida a inicial sempre que alguma das hipóteses do artigo 295 verificar-se.

A jurisprudência consolidou-se no sentido de que o prazo de dez dias previsto no 284, além de prorrogável pode ser concedido mais de uma vez, se a primeira correção não foi satisfatória, a critério do juiz (RJTJESP 106/329).¹¹²⁵ A tendência dos órgãos judiciais é mesmo a de mitigar o rigor do indeferimento de plano da petição inicial, o que se justifica porque a finalidade do processo não é outra que não seja a de compor o conflito de interesses pré-processual, e se o processo for extinto isso não ocorrerá. Neste sentido existe precedente afirmando que mesmo exaurido o prazo do 284, e somente após o defeito for sanado isso não acarreta, necessariamente, o indeferimento da petição inicial.

No caso de o advogado esquecer de assinar a petição inicial, deve o juiz conferir a chance de se sanar o defeito na capacidade postulatória, conforme entendimento pretoriano. Se intimado o advogado e o defeito persistir, deverá o juiz extinguir o processo sem julgamento do mérito (inciso VI, 267), por ausência de pressuposto processual.

5.11. Do indeferimento da petição inicial.

Conforme o artigo 295, a petição inicial será indeferida quando: *I - quando for inepta* – a inépcia pode atingir o mérito da causa, pois trata do libelo, que, por sua vez, concentra a causa de pedir e o pedido, ou seja, aqueles requisitos retro apontados como elementos internos da petição inicial concernentes ao mérito. Para que haja indeferimento da inicial por inépcia, o libelo haverá de ser inepto.¹¹²⁶ Apesar de Amaral Santos propugnar por um elo entre a inépcia e o mérito, uma vez verificado que a petição inicial é inepta, ocorrerá a inexistência de condição da ação, que em algumas situações, como, por exemplo, impossibilidade jurídica material do pedido, pode atingir o mérito da causa. De toda forma,

¹¹²⁵ NEGRÃO, Theotonio, op. cit. nota ao artigo 284.

¹¹²⁶ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. vol. II, p. 139.

o parágrafo único do artigo 295, define a inépcia ao dizer: *Considera-se inepta a petição inicial quando: I - lhe faltar pedido ou causa de pedir; II - da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; III - o pedido for juridicamente impossível; IV - contiver pedidos incompatíveis entre si.*

O STJ já pacificou o entendimento no sentido de que o juiz não está obrigado a reconhecer a inépcia logo nos primeiros contatos com o processo, sendo-lhe lícito extinguir o feito mesmo após a produção de provas, apesar de alguma resistência doutrinária em sentido contrário. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Nery entendem que a petição inicial somente pode ser indeferida logo no início da demanda, pois se processada e em seguida o juiz acolhesse uma preliminar – que fosse caso de indeferimento da atrial – deveria apenas extinguir o processo sem julgamento do mérito, mas não indeferindo a petição.¹¹²⁷ Entendemos, porém, ser possível e factível o indeferimento da petição inicial *a posteriori*, pois não há óbice processual, nem mesmo de ordem lógica, a impedir esta medida. Não fossem assim, teríamos também de admitir que quando o juiz não verificasse, logo na propositura, a falta de uma das condições da ação não poderia decretar a carência da ação ao extinguir o processo. As situações são idênticas, logo devem ter o mesmo tratamento.¹¹²⁸ Certo, todavia, que não se deve indeferir a petição inicial antes que se possibilite aos interessados promover as emendas e esclarecimentos julgados necessários (RTFR 136/85).

6. Do equívoco do CPC ao mencionar um procedimento ordinário de execução.

Diferentemente do procedimento cognitivo ordinário e sumário, o de execução visa a satisfazer a pretensão da parte autora, e não resolver a lide. Esta já foi resolvida no

¹¹²⁷ Confirma-se NERY JÚNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria, op. cit. p. 783.

¹¹²⁸ Neste sentido, vejamos a ementa a seguir proferida em acórdão em REsp nº 3.048-ES, (Reg. nº 90.0004356-5). Relator: o Exmº Sr. Ministro Barros Monteiro. *Ementa: “Inépcia da inicial. Arguição desacolhida. Não está obrigado o Juiz a reconhecer desde logo a inépcia da petição inicial, se o tema objeto do litígio é dependente de melhor esclarecimento através da produção de provas. Recurso especial não conhecido”*. www.stj.gov.br.

processo de conhecimento. Apesar de o artigo 274 dizer que o procedimento ordinário reger-se-á segundo os livros I e II do CPC, não se pode pensar que as tutelas tratadas nestes dois livros são da mesma natureza. Pelo contrário, o livro I trata de uma tutela cognitiva (seja no sumário, seja no ordinário), ao passo que o livro II trata de uma tutela satisfativa, por excelência.

Fato é que o processo de execução possui diversos procedimentos executórios. E a escolha adequada pelo autor-exeqüente é crucial, pois nem sempre haverá oportunidade de emenda da inicial equivocada. Vige, neste particular um princípio específico denominado de *princípio da especificidade da execução*, pelo qual para cada tipo de obrigação a ser cumprida pelo réu corresponderá a um tipo específico de execução. Daí as espécies de execução: por quantia certa contra devedor solvente, ou insolvente; para entrega de coisa certa, ou incerta; de obrigação de fazer, ou não fazer, etc.¹¹²⁹

7. Dos procedimentos cautelares.

Os procedimentos cautelares estão dispostos no livro III, e destinam-se a garantir o resultado útil do processo principal. Como esclarece o artigo 796, o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal, do qual será sempre dependente. Quando instaurado antes do processo principal tratar-se-á de procedimento cautelar preparatório. Nesse caso, de acordo com o artigo 806, deve a ação principal ser proposta no prazo de trinta dias contados da data de sua efetivação, sob pena de perder sua eficácia (artigo 808). Quando instaurado no curso do processo principal será procedimento cautelar incidental, neste caso a distribuição obedecerá ao disposto no artigo 253, efetuando-se por dependência à ação principal, eis que se tratam de causas conexas, não se devendo correr o risco de se prolatar decisões judiciais conflitantes.

¹¹²⁹ Sobre o problema do artigo 274, veja-se o item quatro deste capítulo.

8. Dos procedimentos especiais.

O livro IV regula os procedimentos especiais, a bem da verdade, trata-se de processos da mesma natureza dos regulados pelo livro I, ou seja, de causas destinadas à resolução da lide, noutras palavras, trata-se de procedimentos cognitivos. Apenas a forma e a maneira de praticarem-se os atos processuais é que diferem.

Os procedimentos especiais dividem-se em fungíveis e infungíveis, sendo que estes se subdividem em absolutos e relativos. Fungíveis são aqueles nos quais a parte autora pode optar pelo procedimento ordinário, como por exemplo, as possessórias. Infungíveis relativos são aqueles que para serem propostos pelo ordinário dependem do consentimento da parte adversa. E infungíveis absolutos são os que nem mesmo com a concordância do réu podem seguir pelo ordinário. A título de registro observe-se que alguns procedimentos continuam a ser regidos pelo CPC revogado, conforme preceituado no artigo 1218 do CPC atual.

CAPÍTULO 14

DAS PROVAS

1. Conceito, finalidade e destinatários. Prova direta, indireta, presunções e indícios.

Termo polissêmico, a expressão ‘prova’ possui vários significados, entretanto, vamos aqui nos circunscrever à sua vinculação ao processo civil emprestando-lhe as designações outorgadas por Ovídio Baptista, ou seja, primeiramente como a atividade realizada pelos sujeitos processuais a fim de demonstrar a existência de fatos relacionados com o direito que alegam, e, depois, como o instrumento efetivador daquela demonstração.¹¹³⁰ Em Amaral Santos encontramos uma classificação conceitual que toma os sentidos acima mencionados como objetivo e subjetivo. Deve-se entender por prova o conjunto de atos praticados pelas partes, por terceiros e pelo juiz, para averiguar a verdade e formar a convicção do julgador, demonstrando-lhe a verdade sobre a existência de determinado fato correlacionado à causa – sentido objetivo –, e, ao mesmo tempo, através desta demonstração, convencendo-lhe o espírito de modo a formar a sua

¹¹³⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de processo civil*. 4. ed. Vol I., (Processo de conhecimento). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 337.

convicção.¹¹³¹ Sendo certo que todo o procedimento probatório deve obedecer à lei, donde se diz que a prova visa à demonstração da verdade legal de um fato.¹¹³²

A prova, pois, tem por finalidade formar a convicção do juiz, destina-se, conseqüentemente, a ele, embora, secundariamente, também sirva para conformar a parte adversa de que o direito não lhe pertence. O objeto da prova, por sua vez, são os ‘fatos’ relevantes a serem demonstrados e correlacionados com o direito controvertido. Neste sentido fala-se em prova direta ou histórica (como prefere Carnelutti) – quando se cinge ao próprio fato a ser revelado - e indireta ou crítica – quando se relaciona com outro fato distinto daquele considerado como essencial ao direito da parte, mas que mantém relação de conexão com o mesmo, pela prova indireta chega-se à verdade por meio de ilação. O conceito de prova indireta envolve as presunções e os indícios.¹¹³³ A regra é que a prova tenha por objeto ‘fatos’, entretanto, por exceção, o código de processo civil admite o próprio ‘direito’ como objeto da prova, ao prescrever no artigo 337 que a parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, deve provar-lhe o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz.

2. O problema da prova do direito estrangeiro, estadual, municipal e costumeiro: a demonstração do teor e da vigência.

¹¹³¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Vol. II. 20, ed. p. 329.

¹¹³² CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. 1. ed. Traduzido por Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2001, p. 72.

¹¹³³ Segundo Amaral Santos: “Enquanto na prova direta a conclusão objetiva é conseqüente da afirmação da testemunha ou da atestação da coisa ou documento, sem necessidade maior de raciocínio, na indireta o raciocínio reclama a formulação de hipóteses, sua apreciação, exclusão de umas, aceitação de outras, enfim trabalhos indutivos maiores ou menores, para se atingir a verdade relativa ao fato probando”. Vide op. cit. p. 330. Em Carnelutti encontramos a seguinte distinção sobre esses dois tipos de prova: “A diferença entre esses dois tipos de prova fundamenta-se na coincidência ou na divergência do fato a provar (objeto da prova) e do fato percebido pelo juiz (objeto da percepção da prova); precisamente, a prova indireta apresenta a separação entre o objeto da prova e o objeto da percepção: o fato submetido à percepção não serve senão de meio para o seu conhecimento”. CARNELUTTI, Francesco, op. cit. p. 83.

O problema da prova dos direitos municipal, estadual, estrangeiro e costumeiro é de duas ordens: primeiro deve-se prova o teor, o conteúdo; segundo, a sua vigência. A prova do teor do direito estadual e municipal faz-se: mediante certidão da repartição pública competente; pela publicação do diário oficial que a publicou; pelo repertório que as contiver; ou ainda através de cópia autenticada. Já a prova do teor do direito estrangeiro pode ser feita mediante referência de obra jurídica de reconhecida idoneidade contendo o respectivo texto legal. A prova da vigência do direito municipal ou estadual pode ser feita através de pareceres de juristas, ou simplesmente com a apresentação de seu conteúdo, pois as leis, quase sempre, são promulgadas para terem eficácia duradoura. A prova da vigência do direito estrangeiro pode ser produzida tanto por obras jurídicas que lhe façam referência quanto por acórdãos de tribunais estrangeiros. A prova do direito costumeiro exige que se proceda previamente a uma especificação para saber se se trata de costumes em geral (no sentido de não-comercial) ou comerciais. O direito costumeiro geral pode ser provado mediante a demonstração dos seus elementos constitutivos, quais sejam: o longo uso, a reiteração prolongada no tempo; a não contrariedade à lei expressa; tratar-se de uma ‘regra’ jurídica - são os seus elementos -, e ainda pelos meios de prova considerados lícitos pelo CPC que demonstrem a vigência e o conteúdo da norma costumeira. Já o direito costumeiro comercial subdivide-se em genérico e específico (local), aquele abrange as práticas de várias praças mercantis e a sua prova faz-se pelos de prova admissíveis em juízo, este envolve apenas os usos de determinado lugar e a sua prova perfaz-se pelos assentos e atestados fornecidos pelas juntas comerciais. Amaral Santos aventa a possibilidade de uma das partes invocar costume estrangeiro, pois o artigo 337 não resumiu o direito alienígena à lei. Dessa forma, busca-se inspiração solucionante no código de processo civil de 1939, cujo artigo 261 fazia expressa referência a tal possibilidade, restrita aos usos e costumes

comerciais estrangeiros, determinando que a sua prova desse-se por ‘ato autêntico’. E como o atual CPC determinou expressamente no artigo 157 que os documentos redigidos em língua estrangeira só podem ser juntados aos autos quando acompanhados de versão em vernáculo firmada por tradutor juramentado. Esta solução deve ser adotada para a prova do direito costumeiro estrangeiro, ou seja, traduzindo-se documentos que dêem conta de sua vigência e teor.¹¹³⁴

Abstraindo esta hipótese, apenas os ‘fatos’ devem provados, pois assim o determina o princípio *jura novit curia*.¹¹³⁵ **Mas nem todos os fatos carecem de prova, pois o CPC (artigo 134) esclarece que prescindem de prova os fatos notórios, os afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, os admitidos no processo como incontroversos e aqueles em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade. Conclui-se que apenas os fatos relevantes para a causa ou controvertidos exigem prova.**¹¹³⁶

Por fatos notórios deve-se entender os que possam ser conhecidos, não se exige o conhecimento do fato. Neste sentido, Moacyr Amaral Santos dá-nos o exemplo de que o juiz pode até não ter conhecimento da época da colheita do café no Estado de São Paulo, mas, nem por isso, deixa este fato de ser notório.¹¹³⁷

¹¹³⁴ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. p. 341-2. Mais adiante, na página 505, o autor explica como deve ser feita a prova do direito costumeiro: “*A prova dos usos e costumes em geral, portanto, far-se-á pela prova dos fatos de que resultam, pelos meios admissíveis em juízo, ou seja, por documentos, testemunhas e, até mesmo, não obstante parecer contrário de parte ponderável da doutrina, por confissão*”. Mas não se deve confundir documentos sobre a existência do costume com documentos do costume. Neste sentido Carnelutti adverte: “... *os certificados das Câmaras de comércio ou das autoridades municipais relativos à existência dos costumes, são documentos da declaração acerca da própria existência, porém não documentos do costume*”. Vide op. cit. p. 134.

¹¹³⁵ Este é o entendimento sedimentado no Supremo Tribunal Federal desde a vigência do código de processo civil de 1939, como se constata pelo julgamento do REEx nº 74.066 – SP (Primeira Turma). Relator: O Sr. Ministro Antonio Neder. *Ementa*: “*Salvo nas hipóteses do art. 212 do C. Pr. Civil de 1939, reproduzido no art. 337 do C. Pr. Civil de 1973, não é necessário que a parte junte nos autos processuais o texto da lei em que baseia o seu direito. ‘Jura novit curia’.* Recurso extraordinário a que o STF dá provimento”.

¹¹³⁶ “*Dá a regra: os fatos por provar devem ser relevantes, ou influentes, isto é, em condições de poder influir na decisão da causa*”. SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. p. 335-6.

¹¹³⁷ *Ibidem*, p. 338.

3. Os sujeitos da prova. Prova real e pessoal, casuais e pré-constituídas.

Sujeito da prova são as pessoas ou coisas (documentos inclusive) que revelam a existência do *fato probando*, isto é, aquele fundamental para a demonstração do direito.¹¹³⁸ Se a prova tem como sujeitos pessoas e coisas, pode ser classificada em real e pessoal. Aquela é a representação inconsciente realizada pela própria coisa. Esta, ao contrário, consiste numa afirmação cujo propósito é conferir fé ao que se afirma. Quanto à forma, ou seja, quanto à maneira de sua demonstração no processo, as provas classificam-se em testemunhal, documental e material. Neste momento utiliza-se a designação '*prova testemunhal*' para conotar tanto o depoimento das testemunhas quanto o das partes, noutras palavras, foi usada em sentido amplo traduzindo as provas produzidas oralmente. Inspirando-se em Bentham a doutrina nacional ainda classifica as provas em casuais e pré-constituídas.¹¹³⁹ Esta classificação leva em conta a preparação das provas, de modo que se consideram 'casuais' as produzidas durante a tramitação do processo. Já as pré-constituídas envolvem dois sentidos: 01- em sentido amplo, representam as provas preparadas antes da instauração da relação jurídica processual, podendo ocorrer através de ação cautelar de produção antecipada de provas; 02- em sentido restrito,

¹¹³⁸ A este respeito Carnelutti esclarece que a **fonte da prova**, isto é, o *fato representativo*, tem na *representação* o próprio objeto da percepção, que pode ser um fato, uma atitude concreta situada no espaço e no tempo. Algo que não detém existência concreta não pode ser representado, logo: "... não constitui objeto da prova histórica as entidades abstratas, como as regras de experiência ou de direito: o que se pode provar historicamente é o fato de sua função ou de sua afirmação, não a própria regra. Não existe uma testemunha ou um documento da regra, porque a regra não pode ser percebida; existem tão somente testemunhas ou documentos de sua formação ou de sua afirmação". CARNELUTTI, Francesco, op. cit. p. 133. Outro é o conceito deste autor sobre **meio de prova**: "*Meio de prova é, pois, diante de tudo, a percepção do juiz. Instrumento de percepção são todos os seus sentidos...*". Vide mesma obra p. 99-100.

¹¹³⁹ Amaral Santos e Ovidio Baptista adotam a classificação de Bentham. Confira-se *Primeiras linhas de direito processual civil*, vol. II, 20. ed., p. 331, (SANTOS, Moacyr Amaral) e BAPTISTA DA SILVA, Ovídio, *Curso de processo civil*, vol I, (Processo de conhecimento), p. 341.

são instrumentos públicos ou particulares que demonstram o conteúdo de atos jurídicos previamente constituídos.¹¹⁴⁰

4. Dos princípios do direito probatório
e a posição do STF sobre as CPIs procederem a interceptações telefônicas.

Há autores que defendem que o direito probatório possui o caráter de um verdadeiro sistema jurídico, em razão de possuir regras e princípios próprios. O primeiro deles é o princípio do ônus da prova, que tem sua raiz no direito romano onde a prova incumbia sempre a quem alegava o fato e nunca a quem o negava. No código de processo civil este princípio é regulado pelo artigo 333, cujo comando atribui o ônus de provar primeiramente ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito, e, depois, ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Às partes, todavia, não se veda a modificação do ônus probante sendo-lhes lícito convencionar noutros termos, dès que não recaia a prova sobre direito indisponível da parte, nem torne excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito, sob pena de ser nula uma tal convenção. Justifica-se este princípio no fato de que não pode o juiz subtrair-se ao dever de decidir uma causa, mesmo que a despeito da existência de dúvida invencível, contradição, ou insuficiência de provas.¹¹⁴¹

Nas relações jurídicas regidas pelo código de proteção e defesa do consumidor, o princípio do ônus da prova adquire contornos distintos dos traçados pelo código de processo civil. Diz o CDC que é direito básico do consumidor a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a

¹¹⁴⁰ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. p. 331.

¹¹⁴¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio, op. cit. p. 345.

inversão do ônus da prova a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências (no artigo 6º, VIII); depois o artigo 38 estabelece que o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina; e finalmente considera nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor (artigo 51, VI).

Princípio da necessidade da prova – **este princípio consiste numa decorrência do anterior, pois determina a necessidade de se provar os fatos alegados, não podendo o juiz utilizar conhecimentos próprios (particulares) para decidir um processo.**¹¹⁴² Mas o nosso CPC restringe a eficácia deste princípio, quando, pelo artigo 335, permite ao juiz aplicar as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial, desde que inexistam normas jurídicas particulares aplicáveis à espécie. Depois, o artigo 131 confere ao juiz o poder de apreciar a prova trazida para os autos livremente.¹¹⁴³ E alguns fatos dispensam a produção de provas, como os confessados e notórios (artigo 334).

Princípio da sociabilidade da convicção judicial – **consiste no dever de o juiz sempre indicar, na sentença, os motivos formadores do seu convencimento, mesmo que possa livremente apreciar a prova (artigo 131) e mesmo que possa decidir com base nas regras de experiência técnica**

¹¹⁴² Ibidem, p. 346.

¹¹⁴³ A jurisprudência, por sua vez, vem sustentando que: *"O juiz não pode desprezar as regras de experiência comum ao proferir a sentença. Vale dizer, o juiz deve valorizar e apreciar as provas dos autos, mas ao fazê-lo pode e deve servir-se da sua experiência e do que comumente acontece"*. (JTA 121/391). NEGRÃO, Tehotonio, op. cit. nota nº 02 ao artigo 335.

(artigo 335).¹¹⁴⁴ Princípio do impulso oficial – significa que em matéria probatória não incide o princípio do dispositivo, ou seja, se o juiz não pode dar início à demanda (artigo 2º), por outro lado, pode determinar de ofício a produção das provas que entender necessárias prescindindo de provocação do interessado.

Princípio da contradição da prova – resulta numa aplicação do princípio do contraditório vertido às provas, significa que nenhuma prova pode ser produzida sem que a parte contrária tenha a oportunidade de se manifestar sobre ela antes que o juízo utilize-a numa decisão.¹¹⁴⁵ Exemplo disso encontramos no artigo 398, que determina ao juiz a ouvida da parte contrária no prazo de cinco dias sempre que um litigante requerer a juntada de documento aos autos.

Princípio da inexigibilidade de produção de prova contra si próprio – ninguém pode ser constrangido a produzir prova cuja finalidade seja a de gerar gravame processual contra si mesmo. No código de processo civil, entretanto, o dispositivo do artigo 343, § 2º, conflita com este princípio, ao dizer que *se a parte intimada não comparecer, ou comparecendo, se recusar a depor, o juiz lhe aplicará a pena de confissão*. Ora, a aplicação da pena de confissão na circunstância específica na qual a parte comparece em juízo e se recusa a depor sobre fatos que irão lhe prejudicar é translucidamente inconstitucional, senão vejamos: o dever de veracidade das partes foi definido e regulado pelo artigo 14, mesmo com as alterações impostas pela lei nº 10.358/01, não exige da parte que traga a juízo toda a verdade do que souber, outrossim, determina aos litigantes que digam a verdade dos fatos trazidos a juízo. Note-se esta sutil, mas fundamental diferença: as partes podem omitir fatos sabidamente verdadeiros que podem ser usados contra

¹¹⁴⁴ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. p. 349. Aliás, é exatamente isso o que prescreve o artigo 131: *Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.*

¹¹⁴⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio, op. cit. p. 347.

a sua pessoa, mas, ao trazer os fatos ao processo, deve dizer a verdade sobre os fatos trazidos.

À parte não é dado o direito de mentir, mas, por outro lado, não se lhe pode exigir que confesse algo contra ela mesma: à parte também é assegurado o direito de permanecer calada. Doutrinadores de renomado prestígio já se debruçaram sobre o problema da distinção entre ‘dever de veracidade’ e ‘ônus de veracidade’. Nos sistemas adotantes do ônus de veracidade a parte está obrigada a trazer a juízo toda a verdade que souber sob risco de lhe ser imposta determinada penalidade. Nos sistemas processuais que adotam o dever de veracidade, apenas os fatos trazidos a juízo pelas partes devem ser verdadeiros. Pois bem, o CPC não exigiu ônus de veracidade, mas apenas o dever de veracidade.¹¹⁴⁶

O nosso código de processo civil apesar de exigir o ônus da prova não exigiu o ônus da veracidade, mas apenas o dever. O descumprimento do dever de veracidade acarreta sim a imposição de uma sanção processual decorrente da responsabilidade civil das partes. E tal consiste no pagamento de uma multa no valor de um por cento sobre o valor da causa cumulada com uma indenização que pode alcançar até vinte por cento sobre o valor da causa (artigo 18), sendo o montante daí resultante conferido à parte adversa. Além disso, a lei 10.358/01 acrescentou que quando a parte descumprir provimento mandamental, antecipatório ou final, ser-lhe-á, ainda, e sem prejuízo destas outras sanções, imposta outra multa no valor de até vinte por cento sobre o valor da causa. Mas o

¹¹⁴⁶ “A – Quanto ao dever de veracidade no CPC, aqui formulamos as seguintes observações: A1) O CPC consagra um próprio dever de veracidade (e não um ônus de veracidade), não resultando tão-só da posição sistemática que ocupa no corpus do CPC; A2) O livre querer das partes fica limitado pela imposição do dever de veracidade (não alterar a verdade dos factos – que se interpreta conjuntamente com a seguinte regra: «expor os factos em juízo, conforme a verdade»); A3) O descumprimento do dever de veracidade para o autor, réu, ou interveniente dará lugar à responsabilidade por dano processual (segundo o disposto no artigo 18 do CPC) mais consequências jurídicas prejudiciais; A4) A responsabilidade processual não se confunde com a expressão ‘consequências jurídicas prejudiciais’, que se aplicam ao inadimplemento dos ônus processuais e deveres semi-plenos”. CRESCI SOBRINHO, Elicio. *Dever de veracidade das partes no processo civil*. Lisboa: Cosmos (Livraria Arco-Íris), 1992, p. 101-02.

quantum desta penalidade reverter-se-á em favor, não da parte contrária, mas da Fazenda Pública: estadual, se o processo tramitava pela justiça estadual; e federal, se corria pela justiça federal.¹¹⁴⁷ De modo que se se admitir como correta a aplicação da pena de confissão à parte que, comparecendo a juízo, recusar-se a depor sobre fatos que lhe são prejudiciais, o código teria estabelecido sanções distintas por uma mesma conduta.

Depois, o artigo 340 ao estabelecer que além dos deveres enumerados no art. 14, compete à parte (inciso I) comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado, está a contrariar este princípio, pois, se assim não for considerado, significa que impôs verdadeiro ônus processual de veracidade.

Princípio da vedação do uso das provas obtidas por ‘meios’ ilícitos – importa numa limitação ao poder do julgador que não pode servir-se de provas obtidas por meios ilícitos para condenar ou absolver, para julgar procedente ou improcedente um pedido, mesmo a despeito de o fim colimado ser lícito. Trata-se de um princípio multidisciplinar aplicável a todos os ramos da ciência processual. Seu fundamento é de índole constitucional, pois se constitui numa garantia do jurisdicionado, brasileiro ou estrangeiro, com status de clausula pétrea insculpida no inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal, que estabelece: *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*. O fundamento deste princípio é, portanto, de natureza eminentemente constitucional como, aliás, ocorre noutros países tais como a Alemanha e os Estados Unidos da América do Norte, tendo como objeto a proteção à intimidade, à privacidade e à liberdade.¹¹⁴⁸

¹¹⁴⁷ Mas não se confunda a natureza da penalidade do artigo 14 com a do artigo 18.

¹¹⁴⁸ A referência aos EUA e à Alemanha pertence a Ovídio Baptista da Silva, mas devemos observar que este autor não elege a vedação ao uso de provas obtidas por meios ilícitos à categoria de princípio, apesar

Princípio da reserva da jurisdição – **considerando que as provas podem ser causais e pré-constituídas, este princípio estabelece que aquelas só terão eficácia plena se produzidas em processo judicial presidido por juiz competente e observado o *devido processo legal*. Não que autoridades administrativas não possam colher prova testemunhal, por exemplo, os delegados de polícia o fazem, mas a eficácia desta prova pode ser rechaçada pelo poder judiciário. Todavia, a força deste princípio não cogente para todos os tipos de prova, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, verifica-se a reserva da jurisdição nas hipóteses de: busca domiciliar (CF, art. 5º, XI); de interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII); e de decretação da prisão, ressalvada a situação de flagrância penal (CF, art. 5º, LXI). Estas providências somente podem ser ordenadas por um juiz legalmente investido na função judicante. Porém, casos há nos quais este princípio admite exceções como acontece com a quebra de: sigilo bancário, fiscal e telefônico, produzida nas comissões parlamentares de inquérito. O Supremo apenas admite que as CPIs procedam à quebra de sigilo (bancário e telefônico), não, todavia, à ‘*interceptação*’ telefônica, que, como mais amiúde veremos, é reservada ao poder judiciário.¹¹⁴⁹**

de dizer que “*Esta proposição, bem que poderia constituir um princípio geral de direito probatório...*”. BAPTISTA da SILVA, Ovídio, op. cit. p. 356.

¹¹⁴⁹ Neste sentido vejamos ementa prolatada no julgamento do MS-23639 / DF. Relator(a): Min. Celso de Mello. Publicação: DJ - Data-16-02-01 PP-00091 EMENT VOL-02019-01 PP-00082 . Julgamento: 16/11/2000 - Tribunal Pleno. Ementa: “*Comissão parlamentar de inquérito - Quebra de sigilo adequadamente fundamentada - Validade - Existência simultânea de procedimento penal em curso perante o poder judiciário local - Circunstância que não impede a instauração, sobre fatos conexos ao evento delituoso, da pertinente investigação parlamentar - mandado de segurança indeferido. A quebra fundamentada do sigilo inclui-se na esfera de competência investigatória das comissões parlamentares de inquérito. - A **quebra do sigilo** fiscal, bancário e telefônico de qualquer pessoa sujeita a investigação legislativa pode ser legitimamente decretada pela Comissão Parlamentar de Inquérito, desde que esse órgão estatal o faça mediante deliberação adequadamente fundamentada e na qual indique a necessidade objetiva da adoção dessa medida extraordinária (...) não se estende ao tema da quebra de sigilo, pois, em tal matéria, e por efeito de expressa autorização dada pela própria Constituição da República (CF, art. 58, § 3º), assiste competência à Comissão Parlamentar de Inquérito, para decretar, sempre em ato necessariamente motivado, a excepcional ruptura dessa esfera de privacidade das pessoas. Votação: Unânime*”. Vide www.stf.gov.br.

5. Da avaliação das provas: sistema das provas legais; sistema da livre convicção; e o sistema do convencimento racional.

Conhece-se três principais sistemas de avaliação das provas. O primeiro deles é o sistema das provas legais cuja origem retroage à época das ordálias e juízos de Deus, onde os acusados eram submetidos a provações absurdas – para a nossa época – esperando-se que Deus interviesse para salvá-los, se fossem inocentes. Este sistema imperou desde os hebreus e bárbaros que tomaram Roma até a Idade Média, quando foi revogado no século XI. Outra forma de solucionar conflitos foram os duelos que perduraram até o século XIV, quando os meios de prova romanos, como testemunhas e documentos, foram revigorados. Mas a característica maior deste sistema decorria do fato de as provas terem valor pré-fixado e inalterável determinado pela lei, o juiz não podia apreciar as provas senão nos precisos termos legais, pois a instrução probatória não tinha outra finalidade que não fosse produzir a ‘certeza da lei’. Aqui surgiu a distinção entre prova plena e semiplena, onde a verdade legal verificava-se não pela veracidade fática, por exemplo, de um depoimento de uma testemunha, mas pelo formalismo que determinava a plenitude da prova sempre que mais de duas testemunhas depusessem, mesmo que contra a verdade real, ao passo que o depoimento de uma só testemunha, mesmo conforme a verdade fática, era considerado prova semiplena.¹¹⁵⁰

O atual código de processo civil guarda resquícios deste sistema probatório, o que se verifica, por exemplo, nas restrições impostas aos

¹¹⁵⁰ Nesse sistema, diz Moacyr Amaral Santos: “O juiz não passava de um mero computador, preso ao formalismo e ao valor tarifado das provas, impedido de observar positivamente os fatos e constringido a dizer a verdade conforme ordenava a lei que o fosse. No depoimento de uma só testemunha, por mais idônea e verdadeira, haveria apenas prova semiplena, enquanto que nos de duas testemunhas, concorde e legalmente idôneas, ainda que absurdos os fatos narrados, resultaria prova plena e, pois, certeza legal”. SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. p. 378. Ovídio Baptista acrescenta que não podia o juiz fundamentar sua sentença no depoimento de apenas uma testemunha, mesmo que plenamente convencido de sua veracidade. Vide op. cit. p. 349.

depoimentos de menores ou de pessoas impedidas ou suspeitas, *ex vi legis* do artigo 405, bem como a presunção de verdade dos fatos alegados na superveniência da revelia (artigo 319).¹¹⁵¹

Em franca oposição ao sistema supra sobreveio o da livre, ou íntima, convicção, pelo qual o juiz é completa e irrestritamente livre para apreciar as provas. Considerava-se como ‘*verdade*’ aquilo que o juiz declarasse como tal, sem a mais mínima adstrição aos ditames legais. Aqui o juiz era livre para decidir não apenas com base nas provas produzidas nos autos, mas, também, com arrimo no seu conhecimento e impressão pessoal, podendo até mesmo prescindir do dever de motivar – fundamentar – suas decisões. Apesar de este sistema encontrar grandes defensores na Áustria e na Alemanha, até mesmo nestes países existem sérias restrições a integral liberdade do juiz. Segundo Amaral Santos, que, aliás, constitui-se na maior autoridade brasileira sobre matéria probatória, o sistema da livre convicção peca por agredir a dois princípios considerados fundamentais de justiça: primeiro, o que veda a condenação de qualquer pessoa sem que a mesma tenha o direito de ser ouvida; segundo, o da sociabilidade do convencimento.¹¹⁵² Ovídio Baptista acrescenta que tal sistema, não impõe qualquer limitação quanto aos meios de prova e nem mesmo quaisquer restrições quanto à origem das provas.¹¹⁵³

O terceiro sistema é o da persuasão ou convencimento racional, que, tendo sido embrionariamente conhecido dos romanos,¹¹⁵⁴ desenvolveu-se e instituiu-se pelos códigos napoleônicos, e consistiu numa reação ao sistema anterior. Aqui, o juiz tem a liberdade de apreciar as provas, desde que trazida para os autos, livremente, todavia, renunciando às suas

¹¹⁵¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio, op. cit. p. 349, citando e concordando com Amaral Santos.

¹¹⁵² SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. p. 380.

¹¹⁵³ “O que define o sistema, contudo, é sua oposição ao sistema da prova legal, na medida em que libera o juiz de qualquer obediência a regras legais prévias atinentes ao valor e à credibilidade dos meios de prova”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio, op. cit. p. 350.

¹¹⁵⁴ A este respeito há registro de Moacyr Amaral Santos a Lessona, que, aliás, vem sempre citado por Ovídio Baptista a respeito de direito probatório. Ap. SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. p. 380.

considerações pessoais e devendo sempre fundamentar as suas decisões.¹¹⁵⁵

Este o sistema adotado pelo código de processo civil, como se depreende do artigo 131, que, se por um lado possibilita ao juiz livre apreciação da prova, por outro, restringe a sua atuação aos fatos e circunstâncias constantes dos autos independentemente de terem, ou não, sido alegados pelas partes, para arrematar que o juiz deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. Atualmente o dever de fundamentar as decisões judiciais é imposição constitucional disposta no inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal, devendo todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário ser públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

6. Procedimento e momento da prova:

prova de fora de terra e prova antecipada: *“ad perpetuam rei memoriam”*.

A produção da prova exige a passagem por três distintos momentos: primeiramente à ‘proposta’ da prova; em segundo lugar a prova precisa ser ‘admitida’; somente depois de proposta e admitida é que a prova será ‘produzida’.¹¹⁵⁶ Portanto, para se chegar à concretização probatória a prova passa pelas fases da propositura, admissão e produção. É óbvio que este itinerário probante restringe-se às provas requeridas pelas partes, posto que o juiz, que também pode, a teor da letra do artigo 130, determinar a produção de provas de ofício, caso em que haverá a ‘determinação’, seguida da ‘produção’. E é ainda possível acrescentar-se

¹¹⁵⁵ “A liberdade que se concede ao juiz na apreciação da prova não é um mero arbítrio, senão um critério de atuação ajustado aos deveres profissionais. Há liberdade no sentido de que o juiz aprecia as provas livremente, uma vez que na apreciação não se afaste dos fatos estabelecidos, das provas colhidas, das regras científicas – regras jurídicas, regras da lógica, regras da experiência”. SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. p. 380.

¹¹⁵⁶ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. p. 352.

ao momento da *produção* da prova o da *valoração*, que ocorre quando o juiz a apreciará na decisão correspondente.

De um modo geral todas as provas devem ser '*requeridas*' na petição inicial e na contestação. De modo especial a prova documental deve ser '*produzida*' nestas peças processuais, embora a jurisprudência venha admitindo a juntada posterior de documentos. Do mesmo se se tratar de prova pré-constituída, como no caso do mandado de segurança, e de prova legal, como o documento essencial à propositura a que se refere o artigo 283, estas provas, ambas documentais, devem ser *produzidas* juntamente com a petição inicial. Particularidade a exigir atenção – como já discorreremos no capítulo treze – é a hipótese de a causa dever tramitar pelo rito sumário, pois nesse caso: se a parte for autora já na petição inicial deve apresentar o rol de testemunhas e, se requerer perícia, deve formular quesitos, devendo indicar assistente técnico (artigo 276); se a parte for ré deverá na audiência apresentar sua resposta escrita ou oral, acompanhada de documentos e rol de testemunhas, e, se requerer perícia deve formular seus quesitos desde logo, podendo indicar assistente técnico.

No procedimento comum – ordinário e sumário – do código de processo civil, as provas, via de regra, devem ser produzidas na audiência de instrução e julgamento, salvo a documental, considerando que o artigo 396 determina à parte instruir a petição inicial, ou a resposta, com os documentos destinados a provar-lhe as alegações. Alguns procedimentos especiais admitem produção de prova não documental antes da audiência de instrução, como acontece com as ações possessórias de força nova e nunciação de obra, por exemplo. No mesmo sentido, o rito ordinário também admite a antecipação da produção de prova, prescindindo-se da

cautelar de produção antecipada, se se tratar de prova testemunhal e depoimento pessoal.¹¹⁵⁷

Como as provas devem produzir-se em audiência diz-se que o procedimento probatório rege-se pelo princípio da oralidade. Mas existem exceções, como ocorre com a prova de fora de terra e a *ad perpetuam rei memoriam*. Prova de fora de terra é aquela produzida fora dos limites territoriais da comarca do juiz que preside o processo, cujos instrumentos adequados para tal fim são as cartas (rogatória, precatória e de ordem), pois o artigo 200 determina que os atos processuais realizem-se por ordem judicial – dentro dos limites territoriais da comarca - ou sejam requisitados por carta, quando devam realizar-se fora desses limites. Todos os meios de prova sujeitam-se à produção fora da comarca, ou seja, qualquer prova pode ser produzida por cartas processuais.¹¹⁵⁸ Já a prova ‘*ad perpetuam rei memoriam*’ é aquela que visa garantir a demonstração da verdade antecipadamente, posto existir risco de o sujeito da prova (pessoa ou coisa) não mais existir quando da audiência de instrução e julgamento.

Exceção à regra acima falada vem demonstrada pelo artigo 410, quando prescreve que as testemunhas devem depor na audiência de instrução, perante o juiz da causa (é a regra), exceto: as que prestam depoimento antecipadamente (‘*ad perpetuam rei memoriam*’); as que são inquiridas por carta (prova de fora de terra). Vê-se, assim, que a espécie ‘*ad perpetuam rei memoriam*’ tem nítida função cautelar-instrutória, pois visa a conservar no tempo a prova com risco de perecimento. Já a espécie ‘*de fora de terra*’ decorre do imperativo de falta de jurisdição do juiz para além dos limites territoriais de sua comarca. É possível, outrossim, que uma prova ‘*ad perpetuam rei memoriam*’ produza-se ‘*fora de terra*’, quando,

¹¹⁵⁷ Pois é isto o que dispõe o parágrafo único do artigo 336: *Quando a parte, ou a testemunha, por enfermidade, ou por outro motivo relevante, estiver impossibilitada de comparecer à audiência, mas não de prestar depoimento, o juiz designará, conforme as circunstâncias, dia, hora e lugar para inquiri-la.*

¹¹⁵⁸ “Toda e qualquer prova – seja por depoimento de parte, por testemunhas ou por meio de exames periciais – é suscetível de produzir-se por carta”. SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. p. 354.

exemplificativamente, trate-se de uma testemunha que iria prestar depoimento em processo futuro, mas que se encontra acometida de doença grave e corre o risco de morrer sem produzir a prova. O exemplo impõe o manejo da antecipação da prova, mas se a testemunha residir em comarca distante da que tramita o processo o seu depoimento deverá ser colhido por carta precatória, se o processo tramitar no primeiro grau, ou se o juiz deprecado não for submetido ao tribunal deprecante.

A produção antecipada da prova insere-se no gênero das ações cautelares típicas, o que importa em reconhecer que a sua produção requer a instauração de um processo distinto daquele no qual a prova deve ser utilizada. É prevista no artigo 846 e pode consistir em interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial. Relembre-se que o artigo 336 admite a produção de prova testemunhal ou do depoimento pessoal antecipadamente, sem exigir o processo cautelar.¹¹⁵⁹ Mas nada obstante isto, quando a via eleita for o procedimento cautelar esta medida pode ser proposta tanto de maneira preparatória, quanto incidental. No primeiro caso – cautelar preparatória – a ação deve ser proposta perante o juiz com competência para conhecer da ação principal. No segundo – cautelar incidental – a ação deve ser proposta perante o juízo pelo qual tramita a demanda principal.¹¹⁶⁰ Mas a cautelar deve sempre ser proposta antes da realização da audiência de instrução (artigo 847), demonstrando-se que: a parte tem de se ausentar; por motivo de idade ou de moléstia

¹¹⁵⁹ Diz o artigo 336: *Salvo disposição especial em contrário, as provas devem ser produzidas em audiência. Parágrafo único - Quando a parte, ou a testemunha, por enfermidade, ou por outro motivo relevante, estiver impossibilitada de comparecer à audiência, mas não de prestar depoimento, o juiz designará, conforme as circunstâncias, dia, hora e lugar para inquiri-la.* Nelson Nery Júnior e Ana Maria Nery, comentado o parágrafo único, sem fazer menção à ação cautelar, dizem: “*A lei prevê exceção à regra do caput. Não há necessidade de muitas formalidades para a adoção do proceder que este parágrafo permite. Ao juiz basta se inteirar do fato que impede a vinda do depoente até o átrio público onde a audiência se realizará e, aceitando suas razões, determinar que a diligência se proceda como previsto no CPC 442 e 443*”. NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Ana Maria Cf. op. cit. p. 842.

¹¹⁶⁰ A respeito da desnecessidade de processo cautelar para a produção antecipada de prova, Moacyr Amaral Santos é explícito, dizendo que: “... *sendo isso levado ao conhecimento do juiz através de requerimento devidamente comprovado da parte interessada, ou da própria testemunha, designará, independentemente de procedimento cautelar, dia, hora e lugar para inquiri-la*”. SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. p. 359-60.

grave, houver justo receio de que ao tempo da prova já não exista, ou esteja impossibilitada de depor.

Observe-se, por oportuno, que a antecipação da prova prescindindo-se do processo cautelar exclui a prova pericial e a inspeção judicial, pois estas somente devem ser realizadas antes do momento oportuno através de demanda cautelar. Veja-se que o CPC impôs pelo 336, uma restrição à antecipação da prova no processo cognitivo permitindo-a apenas se se tratar de prova testemunhal ou de depoimento pessoal. Contrariamente, vê-se que o artigo 846 laborou de maneira ampla possibilitando que a produção antecipada da prova pudesse consistir em interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial. A lei processual em nenhum destes dois dispositivos menciona a ‘inspeção judicial’, ensejando duas perspectivas interpretativas: a primeira, no sentido de excluir este meio de prova do rol das que podem ser antecipadas; a segunda, admitindo a ampliação do tipo do artigo 846, de modo a também abranger esta espécie considerando-se a teleologia que fundamenta a antecipação da prova, isto é, o risco de perda da demonstração da veracidade fática. Não há motivo algum para se excluir a inspeção judicial do rol das modalidades probatórias que admitem antecipação, eis que se trata de procedimento urgente, tanto que o artigo 173 possibilitou sua ocorrência até mesmo durante as férias forenses.

7. Prova emprestada.

Em algumas situações a prova a ser usada já fora produzida noutro processo, podendo, porém, ser trasladada, emprestada. Daí vem a denominação de *prova emprestada*, ou seja, a prova de que determinado fato ocorreu em processo específico e a parte pretende utilizá-la em outra

demanda. A prova emprestada não sofre qualquer restrição pertinente às espécies probatórias, admitindo o *empréstimo* de depoimentos pessoais das partes e das testemunhas, de confissão, de perícias e de inspeções. A omissão à espécie de prova documental decorre em razão de inexistir problema que impeça o uso de documentos, mas não há óbice ao *empréstimo* processual de documentos, tanto que o artigo 385 disse que a cópia de documento particular tem o mesmo valor probante que o original, cabendo ao escrivão, intimadas as partes, proceder à conferência e certificar a conformidade entre a cópia e o original.

A eficácia da prova emprestada sofre restrições pelo fato de escapar ao princípio da imediação do juiz na colheita da prova, bem como ao princípio da identidade física do juiz. Quando a prova emprestada consistir em prova oral, a doutrina arrola-lhe as seguintes reservas: 01- guarda a eficácia do processo no qual foi produzida, mas de acordo com o convencimento que proporcionar; 02- sua aproveitabilidade e eficácia consistem na razão inversa da possibilidade de sua reprodução; 03- sua eficácia é equivalente à da prova produzida por precatória.¹¹⁶¹ Mas preservará a mesma eficácia do processo anterior quando se referir às mesmas partes em ambos os feitos, desde que a produção antecedente tenha observado as formalidades legais e quando o fato probando for idêntico. Mas se o uso da prova emprestada destinar-se a processo no qual um dos demandantes litigou com pessoa estranha ao seu opositor no processo anterior é preciso relevar se a pessoa que trasladou a prova participou, ou não, do processo antecedente. Se participou a prova não irradiará efeitos contra a parte contrária, pois que esta não participou de seu procedimento de produção. Mas se a pessoa que trasladou não participou manterá a mesma eficácia, mormente se reconhecida na sentença do processo pretérito. Diferente é a situação da prova documental, pois sua eficácia não sofre estas restrições.

¹¹⁶¹ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. p. 364-6.

8. Provas ilícitas. A superação da “*ilegitimidade*” probatória e a rejeição da doutrina do interesse preponderante pelo Supremo Tribunal Federal.

A Constituição Federal, como vimos quando tratamos dos princípios que regem o direito probatório, dispôs no inciso LVI do artigo 5º, que *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ‘ilícitos’*. Este dispositivo representa um limite ao poder decisório do juiz, pois mesmo que o escopo deste seja o de aplicar a lei para fazer justiça, ou fazer justiça mesmo que em detrimento da lei injusta, mesmo assim não poderá servir-se, para tanto, de provas que não tenham sido obtidas pelos ‘meios’ considerados ‘lícitos’ pelo ordenamento jurídico.

Antes do estabelecimento desta base constitucional que elevou à categoria de princípio a vedação de provas obtidas por meios ilícitos no processo, aliás, em qualquer processo (civil, penal, tributário, administrativo, trabalhista), o substrato legal – agora restringindo-nos ao processo civil – encontrava-se no artigo 332 do código de processo civil, que, por sua vez, tanto admitia as provas obtidas através dos meios legais quanto aquelas conseguidas por *meios moralmente legítimos*, ainda que não especificados pelo código. Dizia, pois, o nosso código de processo que estes meios eram hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se fundava a ação ou a defesa. Mas, com o advento da ordem constitucional de 1988, não mais se pode admitir a utilização de provas obtidas por meios que não sejam estritamente ‘lícitos’. A Constituição Federal não admitiu o uso de provas obtidas por *meios moralmente legítimos*, mas apenas e tão somente aquelas logradas por meios lícitos. Dessa forma, não há como argumentar que ainda se possa dispor de provas, cujos meios de obtenção não sejam,

em sentido estrito, exclusivamente lícitos. Resta, assim, ao que nos parece, totalmente superada a antiga distinção entre prova obtida por meio ilícito e prova obtida por meio ilegítimo.

A procedência desse nosso argumento importa no reconhecimento silogístico da inconstitucionalidade parcial do artigo 332 do código de processo civil, ou seja, a partir da vigência da Constituição Federal de 1988, sua leitura deve ser procedida com a supressão da expressão: *bem como os moralmente legítimos*. De tal sorte, assim deve ser aplicado o dito artigo: *Todos os meios legais, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa*.

É ainda relevante, porém, esclarecer que a expressão “*ainda que não especificados neste Código*”, deve sofrer a restrição de que podem sim ser utilizadas provas obtidas por meios não especificados pelo CPC, dès que não encontrem vedação legal noutra lei, que, por sua vez, não colida com o texto do inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal: “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”.

Parte da doutrina questiona os limites da vedação do uso das provas obtidas por meios ilícitos, tolerando aquelas alcançadas por outros meios.¹¹⁶² A doutrina italiana enumera várias situações processuais civis a vedar o uso de provas obtidas por meios ilícitos: por gravação clandestina de diálogos; de anotações em diário íntimo sem a autorização do autor; registros magnéticos ignorados por paciente hospitalar, por detetives particulares ou pessoas estranhas introduzidas em determinados ambientes com o escopo de espionar; por interceptação telefônica.¹¹⁶³ Mas a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, vem mantendo

¹¹⁶² “Esta proposição, que poderia constituir um princípio geral de direito probatório, cujos princípios e fundamentos não podem ser comparados com os procedimentos probatórios peculiares à investigação científica, tem sido, não obstante, questionada pela doutrina contemporânea que busca estabelecer-lhe certos limites de modo a permitir, ou tolerar, a utilização de provas obtidas por meios ilegítimos ou ilícitos”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio, *Curso de Processo Civil*, vol I, (Processo de Conhecimento), p. 356.

¹¹⁶³ *Ibidem*, p. 357.

a vedação da utilização de provas obtidas por meios ilícitos.¹¹⁶⁴ No julgamento do HC 69.912-STF-Pleno, o pretório excelso considerou não recepcionado código brasileiro de telecomunicações e, conseqüentemente, inválida a prova produzida por gravação de escuta telefônica em face de inexistir a lei reclamada pelo inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal.¹¹⁶⁵

Apesar de tudo isso a doutrina brasileira vem sustentando, baseada em precedentes jurisprudenciais e doutrinários alemães, que em alguns casos deve-se admitir o uso de provas obtidas por meios ilícitos: é a tese do interesse preponderante.¹¹⁶⁶ Entretanto, no julgamento do *habeas corpus* nº 80949 / RJ, o Supremo Tribunal Federal entendeu, à unanimidade, que o inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal determinou a proscrição

¹¹⁶⁴ Neste sentido vejamos a seguinte ementa proferida no HABEAS CORPUS- HC-80948 / ES. Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA. Publicação: DJ DATA-19-12-01 PP-00004 EMENT VOL-02054-02 PP-00309 Julgamento: 07/08/2001 - Segunda Turma. Ementa: “*Habeas Corpus*. 2. *Notitia criminis* originária de representação formulada por Deputado Federal com base em gravação de conversa telefônica. 3. Obtenção de provas por meio ilícito. Art. 5º, LVI, da Constituição Federal. Inadmissibilidade. 4. O só fato de a única prova ou referência aos indícios apontados na representação do MPF resultarem de gravação clandestina de conversa telefônica que teria sido concretizada por terceira pessoa, sem qualquer autorização judicial, na linha da jurisprudência do STF, não é elemento invocável a servir de base à propulsão de procedimento criminal legítimo contra um cidadão, que passa a ter a situação de investigado. 5. À vista dos fatos noticiados na representação, o Ministério Público Federal poderá proceder à apuração criminal, respeitados o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório. 6. Habeas corpus deferido para determinar o trancamento da investigação penal contra o paciente, baseada em elemento de prova ilícita”. Vide www.stf.gov.br.

¹¹⁶⁵ CUSTÓDIO, Antônio Joaquim Ferreira. *Constituição federal interpretada pelo Supremo Tribunal Federal*. 4. ed. São Paulo: editora Juarez de Oliveira, 1999, p. 04, onde o autor comenta acórdão publicado em RDA 195/229.

¹¹⁶⁶ Sobre esta doutrina diz-nos Ovídio Baptista da Silva: “... segundo a qual, em certas hipóteses, particularmente quando a prova ilegítima seja a única existente, deve admitir-se o seu emprego, tal como ocorre com mais freqüência em processo penal, onde muitas vezes, a prova formada clandestinamente é até mesmo autorizada pelo juiz, como ocorre com as interceptações telefônicas; ou quando a gravação seja feita, por exemplo, pela vítima da chantagem, como prova da extorsão a que esteja submetida”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio, op. cit. p. 358. No sentido de que o inciso LVI não é auto-aplicável, decidiu o Supremo Tribunal Federal: Ementa: “...O art. 5º, XII, da Constituição, que prevê, excepcionalmente, a violação do sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, não é auto-aplicável: exige lei que estabeleça as hipóteses e a forma que permitam a autorização judicial. Precedentes. a) Enquanto a referida lei não for editada pelo Congresso Nacional, é considerada prova ilícita a obtida mediante quebra do sigilo das comunicações telefônicas, mesmo quando haja ordem judicial (CF, art. 5º, LVI)”. Cf. HABEAS CORPUS- HC-72588 / PB. Relator(a): Min. Maurício Corrêa. Publicação: DJ - Data-04-08-00 PP-00003 EMENT VOL-01998-02 PP-00289. Julgamento: 12/06/1996 - Tribunal Pleno. Em www.stf.gov.br.

irrestrita do uso de provas obtidas por meios ilícitos, independentemente da gravidade da infração penal. No mesmo acórdão o Supremo rejeitou explicitamente a teoria do interesse preponderante, sob o argumento, aliás, questionável, de que a Constituição estabelecera a prevalência da garantia individual da inutilização em processo de provas obtidas por meios ilícitos na busca da verdade real.¹¹⁶⁷

8.1. O problema da interceptação telefônica e a adstrição de seu uso ao processo penal: a regulamentação do inciso XII do artigo 5º da CF pela lei nº 9296/96.

O inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal diz que é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas. Apenas para o caso das comunicações telefônicas a Constituição permitiu que, por ordem judicial, e apenas nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, é que pode ser quebrado o seu sigilo. Mas do texto desta norma constitucional deflui um problema pertinente ao tipo de processo no qual essa quebra de sigilo é permitida, pois o texto da regra limita-a, tão somente, “*para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*”.

A propósito de regulamentar este dispositivo constitucional foi editada a lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, que logo no artigo 1º explicita a adstrição da interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer

¹¹⁶⁷ Vejamos parte do mencionado aresto, onde o relator Min. Sepúlveda Pertence disse: “*Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade - à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira - para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação*”. Cf. HABEAS CORPUS- HC-80949 / RJ. Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Publicação: DJ DATA-14-12-01 PP-00026 EMENT VOL-02053-06 PP-01145. Julgamento: 30/10/2001 - Primeira Turma. Observação Votação: Unânime.

natureza, tão somente para prova em investigação criminal e em instrução processual penal. Para tanto, alguns requisitos legais foram impostos, tais como: 01- a dependência de se tratar de ordem do juiz competente da ação principal, quando a determinação ocorrer em procedimento preparatório; 02- a tramitação sob segredo de justiça; 03- a descrição, com clareza, da situação objeto da investigação, devendo conter a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada;

Além destes requisitos, a lei nº 9.296/96 impôs algumas restrições à determinação de interceptação telefônica, são elas: 01- quando não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; 02- quando a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; 03- e quando o fato investigado constituir infração penal punível, no máximo, com pena de detenção, ou seja, somente os delitos puníveis com pena de reclusão possibilitam a interceptação telefônica.

Também quanto a esta matéria probatória restou mantida a inaplicação do princípio do dispositivo, podendo o juiz, de ofício, determinar a interceptação de comunicações telefônicas. Mas a lei restringiu a legitimação para requerê-la, outorgando-a somente à autoridade policial, na investigação criminal e ao representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal. O requerimento de interceptação deve observar os requisitos dispostos no artigo 4º da lei em comento, bem como a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, devendo ainda indicar os meios a serem empregados. O pedido deve, enquanto regra, ser escrito, mas, por exceção, a lei admitiu sua formulação verbal, para tanto é preciso que sejam demonstrados os pressupostos autorizadores da interceptação, caso em que a concessão será condicionada à sua redução a termo. O fato é que formulado o requerimento o juiz tem somente vinte e quatro horas para decidir fundamentadamente, devendo esclarecer a forma de execução da diligência, que não pode exceder o prazo de quinze dias, outrossim,

permite-se a renovação deste prazo por igual tempo demonstrando-se a sua indispensabilidade.

O processamento da interceptação deve ocorrer em autos apartados devendo ser apensados aos do inquérito policial ou aos do processo penal, mas sempre preservando o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas. Os trechos gravados devem ser transcritos e sempre que a gravação não interessar à prova o juiz deve determinar a sua inutilização.

Esta inutilização adquire contorno de verdadeiro incidente processual, devendo ser presenciada pelo Ministério Público e facultando-se a presença do acusado ou de seu representante legal.

8.2. Uma análise juscibernética do conceito de ‘dados’, ‘processamento’, ‘informação’ e ‘comunicação’: a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º da lei de interceptações telefônicas.

A lei nº 9.296/96 possui preclaro vício de inconstitucionalidade, pois estatuiu no parágrafo único do artigo 1º, que *o disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática*. Ora, o texto constitucional não admite dúvidas, quando claramente prescreve: *é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*. Mas, a própria Constituição determinou a inviolabilidade da correspondência e das comunicações de ‘dados’. É indubitoso que quando o parágrafo único do artigo 1º da lei 9.296/96 falou em ‘fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática’, colidiu com a letra da Constituição Federal, pois o objeto do fluxo de comunicações nos sistemas informáticos e telemáticos

são exatamente os ‘dados’. Para melhor se entender a colisão desta lei com a Constituição, faz-se necessário precisar o conceito de ‘dados’.

Pois bem, o processamento de dados ganhou impulso com o projeto da máquina analítica ou de diferenças de Charles Babbage em 1833, e, principalmente, com o notável desempenho da máquina tabuladora de Hollerith no recenseamento americano de 1890. O processar dados, na verdade, antecede o advento da eletrônica e até mesmo da mecânica, não há óbice algum a que ocorra por meios estritamente manuais. Em nosso “*O direito cibernético: um enfoque teórico e lógico-aplicativo*” pudemos esclarecer que o conceito de *dados* equivale à “*Medida estatística da presença dum determinado conjunto de valores de uma variável aleatória numa população ou numa amostra*”,¹¹⁶⁸ e o de *processamento* que envolve “*qualquer operação ou combinação de operações efetuadas com os dados*”.¹¹⁶⁹

Foi partindo da idéia de Hollerith que no século XX outras máquinas de recenseamento foram concebidas por James Power. No ano de 1914 o espanhol Leonardo Torres Quevedo inventou uma máquina simuladora de movimentos de jogos de xadrez. Em 1936 Alan M. Turing criou sua teoria baseando-se nos algoritmos para permitir a concepção de uma máquina computadora capaz de resolver, sem auxílio humano, inúmeros problemas. Foi Turing que definiu o algoritmo como sendo: “*a representação formal e sistemática de um processo, através da qual se demonstra que nem todos os processos são representáveis*”.¹¹⁷⁰ Dessa premissa e estudos adveio a teoria da computabilidade, envolvendo o conjunto de pesquisas amalgamadas com algoritmos. Em 1937, Howard H. Aiken, na Universidade de Harvard, desenvolveu o primeiro computador eletro-mecânico lastreado em relês e engrenagens: o “*Automatic Sequence Controlled Calculator - ASCC*”

¹¹⁶⁸ Vide AURÉLIO - Dicionário Eletrônico.

¹¹⁶⁹ Sobre os conceitos de *dados* e de *processamento*, veja-se PIMENTEL, Alexandre Freire, op. cit. p. 20-1.

¹¹⁷⁰ TURING, ap. LANCHARRO, E. Alcalde & FERNANDEZ, Salvador Peñuelas & LOPEZ Miguel Garcia, op. cit., p. 17.

(Calculadora Automática de Sequência Controlada), batizado de MARK-I.¹¹⁷¹

O primeiro computador eletrônico surgiu em 1940, concebido por Jonh W. Mauchly e J. Presper Eckert Jr., em conjunto com cientistas da Universidade da Pensylvania, e foi batizado de ENIAC (Eletronic Numerical Integrator and Calculator), cuja velocidade de desempenho de suas funções era mil vezes mais rápido que o seu antecessor, o MARK-I.

Com base nesse histórico a informática foi conceituada de modo a compreender tanto a *informática documental* quanto a *informática em sentido restrito*, isto é, como introdução ao processamento eletrônico. A *informática em sentido próprio* ocupa-se e estuda apenas o processamento eletrônico da informação, na medida em que esteja correlacionado com determinado tipo de técnica documentária.¹¹⁷²

Já a expressão *telemática* - usada pela primeira vez na França, em painel apresentado ao então presidente Valery Giscard d'Estaing, com o título: “*a informatização da sociedade*”, cujo objetivo era o aproveitamento da rede francesa de telecomunicação para a integração de seus computadores -,¹¹⁷³ pode ser conceituada como a técnica que trata da comunicação de dados entre equipamentos informáticos distantes uns dos outros. O conjunto desses equipamentos e meios de comunicação recebe a denominação de *sistema teleinformático*, cujo objeto de transporte não é outro que não coincida com o conceito de ‘*dados*’.¹¹⁷⁴ Este ramo do conhecimento cibernético consiste na integração entre computadores distantes pela rede de telefonia, significando informática mais alguma coisa: rede de

¹¹⁷¹ As características deste computador, como tamanho e velocidade por exemplo, são merecedoras de registro: possuía 17 (dezessete) metros de comprimento por 02 (dois) metros de largura, pesava aproximadamente 70 (setenta) toneladas, era constituído de 700.000 (setecentas mil) peças móveis e sua fiação alcançava 800.000 (oitocentos mil) metros; para somar dois números levava meio segundo e para multiplicá-los necessitava de seis.

¹¹⁷² PIMENTEL, Alexandre Freire, op. cit. capítulo II.

¹¹⁷³ MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. Telemática no judiciário. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, Volume 675 de novembro de 1991, p. 239- 240.

¹¹⁷⁴ LANCHARRO, FERNANDEZ E LOPEZ, op. cit. p. 203 e 204.

telecomunicação.¹¹⁷⁵ Note-se que o parágrafo único do artigo 1º da lei nº 9.296/96, malgrado os dados informáticos serem transportados por via telemática através da rede de telefonia, continua inconstitucional, pois neste caso não é de interceptação telefônica que se está a tratar, mas de ‘dados’ transportados pela rede telefônica. Esta, por sua vez, não é o único meio de transporte de dados telemáticos, outras espécies de cabamentos estão já disponíveis, o que só reforça o nosso argumento no sentido da distinção entre: transporte de dados informáticos e telemáticos, que por coincidência ocorrem pela rede de telefonia; e conversas feitas por telefone, estas sim sujeitas à interceptação.

Em não sendo assim estaremos diante de uma sociedade excessivamente controladora e desrespeitosa de garantias constitucionais individuais como o direito à privacidade e à intimidade. Estaríamos realmente diante daquilo que fora denominado por Igor Tenório como o “*lado negro da Cibernética*”, e deveríamos admitir que o professor da Universidade de Brasília estava certo quando associou esta faceta a filmes como “Alphaville” e “1984”, os quais retratavam uma realidade onde predominava o controle das máquinas sobre os homens, servindo de advertência para todos nós.¹¹⁷⁶ Com antecedente acerto Wirt Peters falara que à medida que a revolução *cibernética* progride os meios de controle dos governos aumentam na mesma proporção, com indiscutível restrição e risco para liberdades individuais, constitucionalmente asseguradas.¹¹⁷⁷ Mas é certo que isso estará sempre a depender de como os juízes vão interpretar as leis, especificamente o parágrafo único do artigo 1º da lei 9.296/96.

Não se pode esquecer que a informação constitui-se num bem imaterial, num produto prévio a qualquer processamento eletrônico e conseqüente transmissão. Pode ser seccionada em duas etapas: na primeira, visa

¹¹⁷⁵ MAIEROVITCH, Walter Fanganiello, op. cit. p. 241.

¹¹⁷⁶ TENÓRIO, Igor. *Direito e cibernética*. 2. ed. Brasília: Brasília S/A, 1972, p. 42 e 43.

¹¹⁷⁷ PETERS, ap. TENÓRIO, Igor. *Direito e Cibernética*, p. 42 e 43.

formatar e conferir significação a uma determinada mensagem; na segunda, transmitir uma determinada notícia. Trata-se, na verdade, de duas etapas de uma função única consistente na *comunicação*.¹¹⁷⁸ Desse modo, quando a lei aqui questionada (parágrafo único do artigo 1º) fala em *comunicação de qualquer natureza*, resta obviado que extrapolou o âmbito delimitado pelo constituinte como permissivo de interceptação para fins de investigação e instrução criminal.

Com base nesses argumentos sustentamos a inconstitucionalidade do dispositivo vergastado. Mas uma outra questão merece enfrentamento: se apenas o juízo criminal teria a prerrogativa de determinar a interceptação telefônica, é o que passaremos a enfrentar.

8.3. A prova emprestada do processo penal no cível: pelo “*empréstimo*” das gravações interceptadas por via telefônica no juízo civil.

Considerando a adstrição preconizada pela lei nº 9.296/96, no sentido de que as provas interceptadas em diálogos telefônicos somente podem ocorrer para fins de instrução processual penal ou para fundamentar inquérito policial criminal, resta saber se uma dessas provas poderia, ou não, vir a ser utilizada em processo civil, enquanto prova emprestada. A princípio não existe restrição quanto ao uso, no juízo cível, de uma prova produzida no juízo criminal. O setor da doutrina que se posta contra a prova emprestada fundamenta suas razões de negação na quebra de alguns princípios processuais, tais como o da identidade física do juiz, da oralidade, da concentração.

¹¹⁷⁸ LUÑO. *Manual de informática y derecho*. Madrid: Ariel, 1996, p. 19.

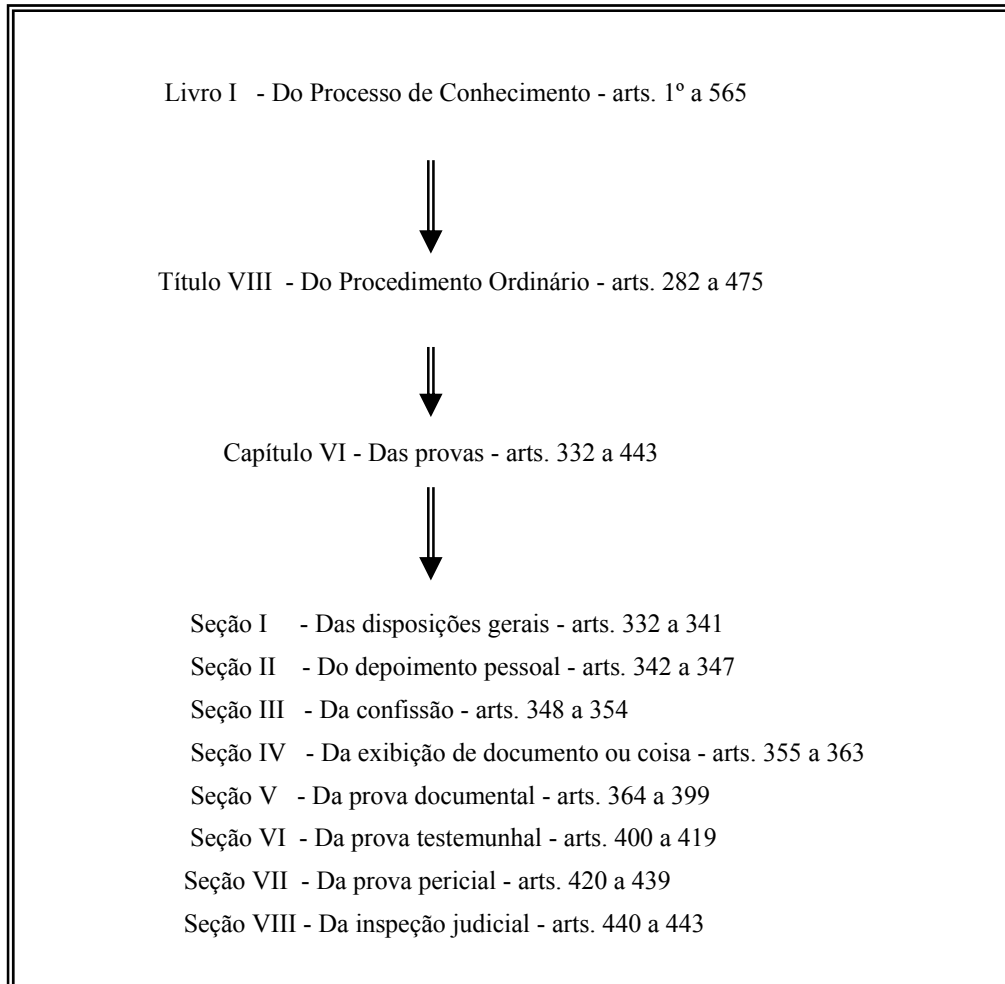
Com efeito, de acordo com o artigo 132 do código de processo civil, o juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência deve julgar a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor. Ora, realmente este princípio não resta observado no caso da prova emprestada, mas nem por isso ela deve ser rejeitada. Amaral Santos, por exemplo, muito bem observa que também nos casos de inquirição de testemunhas noutro juízo – caso de expedição de cartas como as precatórias – quem procede à colheita da prova não é o juiz que irá sentenciar, pelo contrário, será o juiz deprecado. Nesta hipótese não apenas o princípio da identidade física do juiz é mitigado, mas também os da oralidade, da concentração e da imediatidade, mas, nem a despeito disso, argüi-se a nulidade de processos nos quais houve colheita de prova por outro juízo, de prova de fora de terra.¹¹⁷⁹

Por esta razão nada impede que uma prova decorrente de interceptação telefônica devidamente autorizada pelo juiz criminal competente possa vir a ser utilizada num processo civil, tributário, administrativo ou trabalhista, dê-se que sua produção siga as regras da *'prova emprestada'*, e vice-versa. A admissibilidade da prova interceptada no juízo criminal em juízo cível decorre, ainda, do fato de a prova produzida naquele juízo: 01- encarnar a mesma estrutura; 02- possuir a mesma função da que se produz neste: o descobrimento da verdade com o escopo de convencer o juiz a decidir de determinada maneira; 03- reger-se pelos mesmos princípios.¹¹⁸⁰

¹¹⁷⁹ Por conta desse detalhe Moacyr Amaral Santos conclui que: “analogicamente, ter-se-á que admitir eficácia à prova emprestada de outro processo, pois que esta, na sua produção, não difere muito da prova por precatória”. SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. p. 364.

¹¹⁸⁰ Sobre o assunto Moacyr Amaral Santos magistra: “Na sua estrutura e na sua função, a prova no criminal é idêntica à do processo civil. A verdade que ali a prova produz, relativamente a um fato, é a mesma que produziria no processo civil. Por outro lado, num e noutro processo, rege-se a produção da prova pelos mesmos princípios. De tal modo, tudo que se disse quanto à eficácia da prova emprestada de um processo civil tem inteira aplicação à emprestada de um processo penal”. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, vol. II, 20. ed. p. 367.

Vejamos agora as espécies de provas admitidas em nossa lei processual.
A taxonomização probatória do CPC obedece ao seguinte esquema:



Pois bem, considerando que a matéria referente à Seção I já foi estudada acima, passaremos agora a verificação do pertinente à Seção II.

9. Do depoimento ou ‘interrogatório’ pessoal.

Depoimento pessoal consiste no meio de prova no qual a própria parte faz, em juízo, sua autodefesa, podendo, para tanto, consultar escritos desde que se trate de notas breves e com a exclusiva finalidade de completar esclarecimentos (artigo 346). A doutrina, por sua vez, distingue o depoimento pessoal do interrogatório da parte. Afirma-se que este vem regulado pelo artigo 342, que permite ao juiz determinar, de ofício, em qualquer estado do processo, o comparecimento pessoal das partes, a fim de ‘interrogá-las’ sobre os fatos da causa. O interrogatório, assim, pode ser ordenado em qualquer fase do processo, ao passo que o depoimento ocorre apenas uma vez na audiência de instrução e julgamento. O ‘depoimento’ é regulado pelo artigo 343, que, por sua vez, explicita que a parte será interrogada na audiência de instrução e julgamento. Em razão desta distinção decorrem algumas consequências jurídicas: a parte que se recusar a prestar depoimento sofrerá os efeitos da pena de confissão; mas a parte que se recusar a ser interrogada não arca com este ônus.¹¹⁸¹

Não é certo, *data venia*, que o depoimento pessoal da parte somente possa ser colhido na audiência de instrução e julgamento. Devemos observar que o artigo 846 permite a colheita antecipada da prova oral, através de medida cautelar típica, bem como a admitem os artigos 336 (parágrafo único) e 410, prescindindo do processo acessório. Mesmo que este último dispositivo somente se refira a testemunhas, o próprio artigo 342 faculta ao juiz a tomada do *depoimento* da parte em qualquer fase do processo.¹¹⁸² Tanto este dispositivo quanto o 342 falam em interrogatório da parte e nem por isso deve-se atribuir a um e outro efeitos diferentes, ou mesmo a categoria de institutos distintos. A jurisprudência, inclusive, não é pacífica sobre o assunto, para se constatar isso basta verificar as decisões do Tribunal de São Paulo e se constatará que ora se decide no sentido de que a ausência da parte ao interrogatório determinado de ofício não acarreta a confissão (JTA 139/491), ora vê-se exatamente o contrário (JTA 98/340).¹¹⁸³

¹¹⁸¹ NEGRÃO, Theotonio, op. cit. notas nº 1 e 1ª, ao artigo 342.

¹¹⁸² Sendo também explícito o parágrafo único do 336: *Quando a parte, ou a testemunha, por enfermidade, ou por outro motivo relevante, estiver impossibilitada de comparecer à audiência, mas não de prestar depoimento, o juiz designará, conforme as circunstâncias, dia, hora e lugar para inquiri-la.*

¹¹⁸³ No sentido de que do interrogatório também pode advir a confissão dizem Nelson Nery Júnior e Rosa Nery: *“O interrogatório, conquanto também possa servir como meio de prova, é mecanismo de que se vale o juiz para aclarar pontos do processo que ele repute importantes para a decisão da causa.*

A jurisprudência exige que a própria parte seja pessoalmente intimada para prestar depoimento pessoal e apesar de a doutrina defender que este seja prestado por procurador de posse de mandato com poderes específicos e expressos,¹¹⁸⁴ nada obstante isto, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o depoimento pessoal, por ser ato personalíssimo, deve ser prestado pela própria parte, não se admitindo o mesmo por procuração.¹¹⁸⁵ Mas deve-se registrar que se se tratar de pessoa jurídica o depoimento deve ser prestado por mandatário com poderes especiais e com os necessários conhecimentos técnicos da causa.¹¹⁸⁶

9.1. Os depoimentos pessoais e o problema da fixação dos pontos controvertidos.

Inversão na ordem de tomada dos depoimentos e a lógica dialética do processo.

Uma questão diretamente vinculada ao depoimento das partes é a **fixação dos pontos controvertidos** da demanda. Por um lado temos o artigo 331, § 2º, a dizer que deve o juiz fixá-los sempre que na audiência de tentativa de conciliação esta restar frustrada, *verbis*: *Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos*

Durante o interrogatório, pode sobrevir a confissão da parte, mas não é da essência do interrogatório, como é do depoimento pessoal, a obtenção da confissão. Por conta disso nada obsta que as partes, indistintamente, façam perguntas aos interrogandos". NERY JÚNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria, op. cit. p. 846. Por dever de veracidade deve-se anotar que estes autores seguem a corrente doutrinária que distingue interrogatório e depoimento da parte, como se depreende do próprio texto acima citado, apesar de consignarem que as consequências processuais advindas são as mesmas, donde se vê reforçada a nossa opinião pela indistinção de um e outro.

¹¹⁸⁴ Esta é a opinião de Nelson e Rosa Maria Nery: "**O depoimento da parte pode ser prestado por procurador com poderes especiais para depor e para confessar**". Vide op. cit. p. 847. Os autores arrimam-se no artigo 1295, § 1º do código civil, para fundamentar tal assertiva.

¹¹⁸⁵ Vejamos ementa em REsp nº 54.809-MG. (Reg. nº 94/0029734-3). Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. "Ementa: Processual civil. **Depoimento pessoal prestado por procuração. CPC, art. 343. Impossibilidade. Pena de confissão. Aplicação. Necessidade de intimação pessoal. Circunstâncias dos autos que levam à não-aplicação da referida pena. Recurso desprovido. I - O depoimento pessoal, por ser ato personalíssimo, deve ser prestado pela própria parte, não se admitindo o mesmo por procuração. II - A pena de confissão, para ser aplicada, depende, além da advertência, da intimação pessoal da parte para prestar o depoimento pessoal. III - A confissão é mero meio de prova a ser analisado pelo juiz diante do contexto probatório colacionado aos autos, não implicando presunção absoluta de veracidade dos fatos**". Vide www.stj.gov.br.

¹¹⁸⁶ Pois já se decidiu que: "*A simples preposição, aliada à vacuidade do depoimento do preposto, caracteriza verdadeira confissão quanto à matéria de fato*" (RT 672/123).

controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário. Veja-se que nesta situação o juiz ainda não colheu os depoimentos das partes, mas mesmo assim ele deve fixar os pontos controvertidos nesta audiência, que, observe-se, ocorre antes da de instrução e julgamento. É interessante observar que a redação do dispositivo supra decorreu de reforma empreendida pela lei nº 8.952/94. Por outro lado, ao tratar da audiência de instrução e julgamento, que ocorre depois da de conciliação, isto é, somente quando o feito não é conciliado, ou quando, eventualmente, o processo não comporta conciliação, o CPC diz, no artigo 451, que: *Ao iniciar a instrução, o juiz, ouvidas as partes, fixará os pontos controvertidos sobre que incidirá a prova.* Como se constata, há uma clara antinomia entre estes dois dispositivos, devendo-se preferir o primeiro em detrimento do segundo, para fins de fixação dos pontos controvertidos, pois o artigo 451 remonta à época da edição original do código de processo civil, ao passo que, como vimos, o 331 foi alterado por uma lei do ano de 1994. Conseqüentemente, deve-se recorrer à LICC para considerar que a lei posterior (a de nº 8.952/94) derogou a anterior (a de nº 5.869/73), de forma que a fixação dos pontos controvertidos do processo deve ser procedida antes da audiência de instrução e julgamento, isto é, na própria audiência de tentativa de conciliação e antes da tomada dos depoimentos das partes, salvo nas hipóteses nas quais não tem cabimento a conciliação, pois neste caso os dois dispositivos convivem harmonicamente.

Os depoimentos das partes devem ser tomados mantendo-se a lógica dialética processual: primeiro vem a tese para depois vir a antítese. Dessa forma, o artigo 344, parágrafo único, determina que é defeso, a quem ainda não depôs, assistir ao interrogatório da outra parte. Esta regra coaduna-se com a do inciso II do artigo 452, que estabelece a seguinte ordem de produção de provas em audiência, no que tange ao depoimento pessoal: o juiz tomará os depoimentos pessoais, primeiro do autor e depois do réu. Mas há pelo menos um caso imprevisto pelo código de processo civil, capaz de justificar a inversão dessa ordem e permitir à parte que ainda não depôs assistir ao depoimento da outra. Tal deve verificar-se quando a capacidade postulatória do autor for exercida por advogado por ele constituído e quando o réu estiver advogando em causa própria, pois neste caso o réu exerce dupla capacidade processual: a de estar em juízo e a de nele postular. Na condição de advogado, o réu tem direito a presenciar o depoimento prestado pelo autor, porém, na

condição de réu-litigante isso não lhe é permitido (artigo 344 c/c 452). A única forma de conciliar o problema é invertendo a ordem na tomada dos depoimentos. Assim, deve o juiz determinar a retirada do autor – que não é advogado e nem litiga em causa própria - da sala de audiências para proceder à tomada do depoimento do réu, enquanto demandado, garantindo-se ao advogado do autor presenciar a oitiva. Em seguida, determina-se o ingresso do autor na sala de audiências para que este possa prestar o seu depoimento que será presenciado pelo réu, que já depôs, sem prejuízo para qualquer das partes.

Resta saber se esta inversão na tomada de depoimentos agride, ou não, a pré-falada lógica dialética do processo. Ora, sendo a tese processual representada pela petição inicial; sendo a antítese representada pela contestação; sendo ambas as peças elaboradas por quem tem capacidade de postular em juízo; e tendo o artigo 264 estabelecido que a alteração do pedido ou da causa de pedir – mesmo contando com a concordância do réu – não pode ocorrer após o saneamento; e, enfim, considerando que, necessariamente, a tomada dos depoimentos em audiência pressupõe que o feito esteja devidamente saneado; conclui-se que a inversão da tomada dos depoimentos não agride a lógica dialética do processo, pois que a tese e a antítese restarão total e integralmente preservadas.

Para fins de esclarecimentos deve-se ter em mente que a inversão na ordem de tomada dos depoimentos pode, ainda, se dar por necessidade de antecipação da produção da prova. Pode o juiz determinar de ofício, ou a requerimento da parte a tomada do depoimento de uma das partes, quando, por exemplo, existir risco de morte em razão de doença em estado avançado. Neste caso nada impede o uso do processo cautelar (artigo 846), ou que se proceda no próprio processo (artigos 336 e 342 c/c artigo 130).

9.2. O dever de colaborar com a justiça: a recusa da parte e a aplicação da pena de confissão.

Diz o artigo 343, § 2º, que: *Se a parte intimada não comparecer, ou comparecendo, se recusar a depor, o juiz lhe aplicará a pena de confissão.* Outro motivo

de aplicação da pena de confissão é a constatação de que a parte emprega ‘evasivas’ nas respostas às perguntas formuladas pelo juiz, pois nestes casos o juiz, em verificando que houve recusa a depor, pode aplicar a pena de confissão (artigo 345).¹¹⁸⁷ Nesta mesma linha o CPC prescreveu no artigo 339, que ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade. E ainda acrescentou no artigo 340, ao dever de veracidade (artigo 14), que compete às partes: comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado, submeter-se à inspeção judicial, que for julgada necessária e praticar o ato que lhe for determinado.

Tem pertinência, então, o questionamento da constitucionalidade da aplicação da sanção de confissão à parte que se recusar a depor, ante a construção pretoriana do Supremo Tribunal Federal no sentido de que ninguém é obrigado a produzir prova que possa ser usada contra si próprio. Pois bem, no artigo 347 o CPC faz a ressalva de que a parte não é obrigada a depor sobre fatos contra si imputados se forem criminosos ou torpes, ou se a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo, salvo se se tratar de ações de filiação, de divórcio, separação judicial e de anulação de casamento, pois nestes casos este artigo não tem aplicação. Em conclusão, pode-se afirmar que à exceção do rol enumerado no artigo 347, ou em outra norma excludente semelhante, a recusa da parte em prestar depoimento não representa agressão ao princípio acima assinalado.

10. Da confissão: judicial e extrajudicial, escrita, verbal, autêntica e particular. Confissão pura e qualificada e a questão da incidibilidade.

¹¹⁸⁷ Explicando qual o sentido processual de *evasivas*, Pontes de Miranda consigna que: “Se, em vez de responder com exatidão, afirmativa ou negativamente, o depoente emprega subterfúgios, ardis, deturpações, ditas, no texto legal, evasivas, tem o juiz de apreciar o que há de provas e o que o próprio disfarce revela, para deixar dito na sentença que a parte tinha de depor e como agiu. Tal atitude não dá ensejo a se presumir confessado (art. 343, §§ 1º e 2º) e o que lhe foi perguntado, posto que possa ser elemento para a apreciação das provas”. MIRANDA Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo IV. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 312.

A origem deste instituto remonta ao direito romano e mesmo antes de Cristo alguns textos legais já distinguiram a confissão feita em juízo da extrajudicial. Pela confissão o confitente julgava a si mesmo, mas a confissão ainda não possuía eficácia executiva, somente mais tarde é que veio adquirir o status de meio de prova. A parte que ‘confessa’ sofrerá os respectivos efeitos processuais, independentemente de ter tido intenção ou consciência, do que estava a fazer.¹¹⁸⁸

Sua natureza jurídico-dogmática é de meio de prova, pois é assim que a concebe o código de processo civil ao arrolá-la, no capítulo seis do título oito do livro I, entre o depoimento pessoal e a exibição de documento ou coisa. Esclarecendo o seu conceito, o artigo 348 define-a como a admissão da verdade de um fato – adstrito a direitos disponíveis –,¹¹⁸⁹ contrário ao seu interesse e favorável à parte adversa, podendo ser judicial ou extrajudicial. A **confissão extrajudicial**, que não se constitui em direito processual, mas material,¹¹⁹⁰ pode: ser ‘**escrita**’, tendo a mesma eficácia probatória da judicial, dès que seja feita à parte ou a quem a represente. Quando feita a terceiro, ou contida em testamento, diz o artigo 353, será livremente apreciada pelo juiz; ou ‘**verbal**’, quando só terá eficácia nos casos nos quais a lei não exija prova literal; pode ainda a confissão extrajudicial ser: ‘**autêntica**’, quando feita por escritura ou instrumento público; e ‘**particular**’ – por escrito particular ou mesmo verbalmente. Já a judicial classifica-se em: ‘**espontânea**’, quando feita por petição pela parte ou por mandatário com poderes especiais,¹¹⁹¹ caso em que o CPC estabelece que se deve lavrar o respectivo termo nos autos; ‘**provocada**’ se decorrer do depoimento pessoal da parte. Pode ainda ser ‘**expressa**’, sempre que a parte ou seu

¹¹⁸⁸ Por isso diz Pontes de Miranda: “Na confissão há mais comunicação de conhecimento do que comunicação de vontade: a parte quis comunicar o que sabia, embora contrário ao seu interesse e favorável ao adversário”. MIRANDA, Pontes de, op. cit. p. 314.

¹¹⁸⁹ Pois o artigo 351 é expresso ao determinar que não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis.

¹¹⁹⁰ “Nada tem com o direito processual. Se se junta aos autos confissão extrajudicial, em verdade só se junta documento cujo valor probatório depende do direito material”. MIRANDA, Pontes de, op. cit. p. 332. Embora o Supremo Tribunal Federal entenda que o valor probante da confissão extrajudicial tem a mesma eficácia da judicial, vejamos a ementa do REEx nº 82.001 – SP. (Segunda Turma). Relator: O Sr. Ministro Cordeiro Guerra. Ementa: “Confissão extrajudicial feita por escrito **tem a mesma eficácia probatória da judicial**. Inteligência do art. 353 do C. Pr. Civil. Valor vinculante do Juiz, por se tratar de prova legal. Provado o fato, cumpria ao réu provar o fato impeditivo ou extintivo do direito do autor, art. 333, I e II do C. Pr. Civil. Recurso extraordinário conhecido e provido para julgar procedente a ação nos termos da sentença de primeiro grau”. www.stf.gov.br.

¹¹⁹¹ Mas o advogado não pode prestar depoimento pessoal pelo cliente (RT 651/116, JTA 118/377).

mandatário admitir a verdade de um fato contrário ao seu interesse e favorável ao da outra parte, e será ‘**tácita**’, quando houver recusa da parte a prestar o seu depoimento.

É a confissão tida como meio de prova, porém não se trata de meio absoluto, mas meramente relativo, devendo ser analisada em conjunto com as demais provas produzidas nos autos. Para irradiar efeitos deve a parte ser intimada pessoalmente a prestar o depoimento pessoal, e mais, deve ainda o mandado de intimação conter a advertência da aplicação da penalidade na hipótese de não comparecimento ou de haver recusa a depor.¹¹⁹² A consequência processual probante da confissão resulta na prova do fato correspondente sem que o juiz possa desconsiderá-la, embora não esteja obrigado a julgar favorável somente pela sua verificação porque deve analisar o conjunto probatório, aliás, o mesmo acontece com a revelia, onde nem sempre o revel perde a demanda. Mas, sempre que admitida, a confissão judicial faz prova contra o confitente, não prejudicando, todavia, os litisconsortes. É isto o que consigna o artigo 350, que, neste ponto, harmoniza-se com o 472, o qual restringe os efeitos da coisa julgada às partes entre as quais a sentença é prolatada. E mesmo assim, se a demanda versar sobre direito real imobiliário a confissão de um cônjuge não valerá sem a do outro (parágrafo único do artigo 350).

São requisitos da confissão: 01- que o fato seja próprio e pessoal do confitente; 02- ser favorável à parte adversa e desfavorável para o confitente; 03- fazer referência a direitos disponíveis (por pessoa capaz); 04- que o fato não reclame prova especial. Pode ser invalidada a confissão (artigo 352)¹¹⁹³ quando emanar de erro, dolo ou coação, mas o meio processual adequado para se pleitear a revogação dependerá do momento de tramitação do processo, pois, se ainda estiver pendente, ou seja, se ainda não tiver sido julgado por sentença transitada em julgado deve-se lançar mão da ação anulatória, mas se a sentença tiver transitado em julgado deve-se interpor ação rescisória (inciso VIII do artigo 485). A

¹¹⁹² Este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, como demonstramos acima na referência ao julgamento do REsp nº 54.809-MG. (Reg. nº 94/0029734-3).

¹¹⁹³ Observe-se que o artigo 352 fala em *revogação* da confissão, entretanto, segundo Pontes de Miranda, em razão do princípio da irrevogabilidade da confissão: “A expressão ‘revogada’, que aparece no art. 352, bem como noutros Códigos estrangeiros, é errônea. Dever-se-ia falar de invalidação, de ação de anulação. Não há a retirada da voz; o que acontece é que o erro, o dolo, ou a coação deu causa à anulabilidade por ação de invalidade do ato confessório, ou por ação rescisória da sentença, que em tal confissão se fundou, quer tenha sido o único, ou um dos fundamentos”. MIRANDA, Pontes de, op. cit. p. 330.

legitimação para propor ação anulatória da confissão pertence apenas ao confitente, mas é transmissível aos herdeiros. Aliás, este direito de sucessão tanto pode decorrer do evento morte do confitente quanto por transmissão entre vivos de direitos.¹¹⁹⁴

Enfim, deve-se consignar que a confissão, enquanto regra, é indivisível, porém, o artigo 354 confere-lhe uma exceção: será divisível quando *o confitente lhe aduzir fatos novos, suscetíveis de constituir fundamento de defesa de direito material ou de reconvenção*.¹¹⁹⁵ Mantém relação com a (in)divisibilidade da confissão o problema das adições ou limitações. Pois bem, sempre que na confissão se verificar adições limitativas ou ressalvas, ela será do tipo **qualificada**. Tal ocorrerá quando o confitente, depois de confessar determinado fato contrariamente ao seu interesse e favorável à parte adversa, também mencionar fato restritivo daquele primeiro efeito confessório. Exemplificando esta última hipótese Pontes de Miranda dá-nos o seguinte exemplo: “*Recebi os cruzeiros de que A fala, porém ele já me devia tantos mil*”, vê-se, claramente, que o depoente confessa fato desfavorável ao seu interesse, mas, apesar disso, esta confissão não deve lhe acarretar prejuízo absoluto ou integral. Isso demonstra a relatividade do princípio da indivisibilidade da confissão adotado no nosso CPC. Esta espécie de confissão (a qualificada) pressupõe que determinados fatos também favorecem o confitente restringindo o benefício ao adversário e foi contraposta pelos glosadores ao tipo de confissão denominada ‘pura’.¹¹⁹⁶

¹¹⁹⁴ MIRANDA, Pontes de, op. cit. p. 332.

¹¹⁹⁵ Observe-se que o fundamento da reconvenção (ação do réu contra o autor no mesmo processo) é a conexão, que, todavia, basta existir em relação aos fundamentos da defesa, como está escrito no *caput* do artigo 315: *O réu pode reconvir ao autor no mesmo processo, toda vez que a reconvenção seja conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa*.

¹¹⁹⁶ Esclarecendo a questão o jurista das Alagoas, com sua habitual maestria, magistra-nos: “*A regra da incidibilidade é, pois, tautologia: (1) a confissão, pura ou qualificada, somente atua no que se confessou, e no que se confessou não se pode partir; (2) a confissão qualificada não é a confissão ‘mais’ o que a corta ou restringe: é só o confessado, o que o confitente prova, em vez daquele a quem incumbia provar; (3) no que A afirmou e tinha de provar e B confessou, tem-se a prova feita por B, em vez de A; mas o que B cortou e restringiu ou (a) foi ‘negação’ de B à afirmação de A, a ser provada por A, e A continua com o ônus da prova nesse ponto, ou (b) o que B cortou ou restringiu foi afirmação de B que lhe incumbe provar e a A aproveita a confissão (e não isso), ou (c) foi afirmação de B cuja prova incumbe a A e A tem de provar. O elemento de confissão está separado, em virtude mesmo do seu conceito*”. MIRANDA, Pontes de, op. cit. p. 337.

11. Da exibição de documento ou coisa: meio ou ação de prova? Da *actio ad exhibendum* e da *actio de edendo* à definição da natureza jurídica da exhibitória do CPC.

Para acarretar as conseqüências probatórias advindas de seu conteúdo ou do que expresse, o documento ou a coisa necessitam estar disponíveis para exame pelas partes e, principalmente, pelo juiz, principalmente, posto que este é que irá decidir.

A exibição não representa criação recente do direito, pois os romanos já conheciam duas modalidades de ‘ações’ exhibitórias das quais se chegou no estágio atual: 01- a *actio ad exhibendum*, a qual tinha por objeto a exibição de coisas móveis ou imóveis, e como os documentos incluíam-se, desde então, no conceito de coisa, também podiam ser exibidos. Para manejar esta ação o autor tinha de demonstrar o seu direito à propriedade, ou outro direito – real ou pessoal – sobre a coisa a ser exibida, e tinha ainda dupla natureza: ora era concebida como ação preparatória, quando visava tão somente à apresentação da coisa ou documento; ora era satisfativa, quando por ela se pretendia a restituição; 02- e a *actio de edendo*, cuja finalidade era a de exhibir instrumentos negociais em poder de terceiros, geralmente figuravam no pólo passivo banqueiros que se negavam a apresentar instrumentos negociais de seus ‘clientes’. Estas duas ações evoluíram para se fundir numa única com a mesma denominação de *actio exhibendum*, cujo escopo era o de exhibir documento ou coisa.¹¹⁹⁷

No sistema do código de processo civil, o meio de prova que agora se examina, a bem da verdade de ‘meio’ de prova não se trata, mas sim de procedimento, cuja natureza jurídica é: 01- de ação, sempre que a exibição for proposta como medida cautelar, ou sempre que tiver como réu terceiro estranho à relação jurídica processual pendente; 02- de incidente processual sempre que proposta incidentalmente contra a parte adversa de processo pendente. Enfim, num caso e noutro, não se constitui em meio de prova e sim num meio de se adquirir um meio de prova: documento ou coisa.

¹¹⁹⁷ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. p. 422.

Este ‘procedimento’¹¹⁹⁸ tem incidência quando um documento ou uma coisa não estão em poder da parte interessada, mas na posse de terceiro ou da parte adversa. Pois bem, sempre que tal situação ocorrer e sempre que o terceiro ou a parte adversa tenha o dever de exhibir documento ou coisa sob sua guarda ou posse e indevidamente escusar-se, pode o juiz, com base no artigo 355, ordenar que a parte os exhiba. Neste caso, aquele a quem for determinado a exibição não pode argüir o princípio de que ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra a sua pessoa, pois o interesse tutelado, neste caso, sobreleva a verdade processual e a justiça em detrimento do interesse individual.¹¹⁹⁹ O terceiro, em relação a qualquer pleito, está obrigado a exhibir coisa ou documento, que esteja em seu poder dê que presentes os requisitos autorizadores da ação de exibição (sempre que proposta contra terceiro terá natureza de ação). A exibição de coisa ou documento constitui-se em verdadeiro ônus processual, pois nos termos do artigo 339 todos estão obrigados a colaborar com o judiciário no descobrimento da verdade.

Atualmente a exibição tem duplo fim: ora pode destinar-se à exibição de coisa corpórea para proporcionar o exercício de direitos a ela inerentes; ora pode ter escopo meramente probatório. Explicando a diferença entre documento e coisa, Pontes de Miranda demonstra que se deve entender por documento o papel escrito no qual se expressa o pensamento através de sinais, provando-se determinado fato. O documento objeto da exhibitória leva em conta o respectivo conteúdo intelectual sobre o qual o juiz faz sua apreciação. Já a coisa, concebida para o mesmo fim exhibitório, não é considerada sob o ponto de vista de seu conteúdo intelectual, mas sim é exibida “*para inspeção sensorial do juiz ou para exame pericial*”.¹²⁰⁰

Quando o código de processo civil disciplinou a exibição de documento ou coisa na seção IV do capítulo VI do título VIII do livro I, restringiu-a àquela segunda finalidade. Pois bem, assim considerada, em relação à matéria probatória, a exibição ainda

¹¹⁹⁸ Como tal conceitua Pontes de Miranda: “*A exibição, dissemos, é procedimento probatório, e não meio de prova*”. MIRANDA, Pontes de, op. cit. p. 356.

¹¹⁹⁹ Neste sentido Moacyr Amaral Santos diz o seguinte: “*Fundada nesse direito a exibição pode ser exigida, pelo que a parte à qual se impõe tal exigência não se acha juridicamente amparada para argüir em seu benefício o princípio de que ninguém pode ser obrigado a provar contra si próprio*”. SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. p. 421.

¹²⁰⁰ MIRANDA, Pontes de, op. cit. p. 338-9.

se subdivide em duas **espécies**: 01- **preparatória**, isto é, será através dela que se irá produzir a prova a ser usada futuramente em processo principal, tratando-se, portanto, de típica ação cautelar regulamentada pelos artigos 844-5 do CPC, que em alguns casos dispensa interposição de processo principal, ou seja, nem sempre tem natureza cautelar não obstante constar do livro III do código; 02- e pode também ser **incidental**, quando se destinar a provar a existência de um fato em processo já pendente, caso em que se regula pelos artigos 355-363 do CPC (com natureza de incidente processual). São legitimados ativos à sua propositura as partes e os terceiros intervenientes em processo pendente, ou quem tenha legitimação para propor ação principal, quando a exhibitória for interposta na modalidade preparatória. A legitimação passiva recai sobre o litigante adversário ou terceiro sobre o qual recaia o dever de exhibir, a depender da espécie. Se se tratar de exhibitória incidental pode ser que o dever de exhibir o documento ou coisa seja da parte adversa, que será, neste caso, ré da exhibitória mesmo sendo parte autora na demanda principal. Se, porém, este dever recair sobre terceiro será ele o legitimado passivo.

Aqui se constata uma exceção à regra pela qual os legitimados para o processo cautelar são, também, necessariamente os legitimados para a ação principal. É o que acontece quando a exibição é proposta contra o terceiro que tem o dever de exhibir a coisa, pois como ele não participa da lide não pode ser parte na demanda principal.

Ao que nos parece demonstração da natureza jurídica de ‘ação’ da exibição proposta contra o terceiro decorre, dentre outros aspectos, de: haver necessidade de *citação* do terceiro; de possuir sentença própria; e de o juiz dever condenar a parte vencida ao pagamento de honorários advocatícios. Dogmaticamente falando, se de incidente se tratasse não haveria que se falar de sentença com condenação em honorários, porque o artigo 20, §§ 1º e 2º, quando tratou da sucumbência nos incidentes limitou-a às ‘despesas’. Considerando que ‘despesas’ não envolve honorários advocatícios, mas apenas abrangem as custas dos atos do processo, a indenização de viagem, diária de testemunha e a remuneração do

assistente técnico, ou outras decorrentes do processo, mas não coincidentes com a verba indireta de honorários advocatícios, bem se vê que realmente de ação é que se trata.¹²⁰¹

O recurso cabível contra a decisão que julga a exibição mantém relação de pertinência e de dependência com o tipo de procedimento exhibitório utilizado: se ação será apelação; se incidente será agravo. Quando a exibição é processada na forma de incidente processual, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, levando em conta este fato de ter sido processada na instância inferior como mero incidente, considerou acertada a interposição do recurso de agravo contra a decisão que a julgou. A Terceira Turma do mesmo Tribunal demonstra que o recurso adequado contra a decisão que delibera sobre a exibição, se processada como ação cautelar, mesmo que seja para decretar o seu indeferimento, é a apelação.¹²⁰²

11.1. Da exibição cautelar preparatória (CPC artigos 844 e 845).

Enquanto medida cautelar preparatória, a exibição pode ser interposta tendo como objeto: *coisa móvel* em poder de outrem e que o requerente repute sua ou tenha interesse em conhecer; *documento* próprio ou comum, em poder de co-interessado, sócio,

¹²⁰¹ A esse respeito Theotonio Negrão consignou que: “Na ação cautelar de exibição de documento, cabe a condenação em honorários de advogado (RP 39/316), “por se tratar de ação, e não de mero incidente” (STJ-3ª Turma, REsp 168.280-MG, rel. Min. Menezes Direito, j. 18.3.99, deram provimento, v.u., DJU 10.5.99, p. 169). Neste sentido: STJ-3ª Turma, Ag 38.512-4-RJ-AgRg, rel. Min. Nilson Naves, j. 21.9.93, negaram provimento, v.u., DJU 18.10.93, p. 21.879. Vide op. cit. nota nº 04, artigo 844”. NEGRÃO, Theotonio, op. cit. nota ao artigo 844.

¹²⁰² Vejamos a decisão da Quarta Turma: “Processada a exibição de documentos como incidente processual, diante do requerimento da parte, o ato final do mesmo consistiu em decisão interlocutória, como em qualquer incidente, recorrível através de agravo, **inaplicável na espécie o princípio da fungibilidade**, em face da inexistência de dúvida objetiva na doutrina e na jurisprudência”. (STJ-4ª Turma, REsp 34.205-RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 11.6.96, deram provimento, v.u., DJU 12.8.96, p. 27.487). Já a Terceira Turma demonstrou que: “É apelável a decisão que declara o autor carecedor da ação cautelar de exibição de documentos”. (STJ-3ª Turma, REsp 37.349-2-GO, rel. Min. Costa Leite, j. 21.9.93, deram provimento, v.u., DJU 25.10.93, p. 22.492). Consulte-se NEGRÃO, Theotonio, op. cit. nota 4c, artigo 844. Aqueles que enxergam na exibição natureza de incidente processual, por questão de coerência lógica apontam o agravo como sendo o recurso adequado contra a sua decisão, como o faz Moacyr Amaral Santos: *A decisão será impugnável por meio de agravo*. SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. p. 426.

condômino, credor ou devedor, ou em poder de terceiro que o tenha sob sua guarda, como inventariante, testamenteiro, depositário ou administrador de bens alheios. Assim, o correntista pode requerer a exibição de cheques emitidos e que se encontram na posse do banco (RJTJESP 63/138). O mutuário de instituição financeira pode exigir a exibição de extrato de sua respectiva conta para fins de correção de saldo devedor (JTAERGS 77/288). Pode também o consorciado postular exibição de contrato de consórcio em face da administradora (JTAERGS 78/146). Do mesmo modo também é exibível a escrituração comercial por inteiro, balanços e documentos de arquivo, nos casos expressos em lei. A jurisprudência entende por comum o documento referente a uma das partes e terceiro e não apenas o relativo a ambas as partes (RT 622/161).¹²⁰³

A natureza cautelar da exibição não é, todavia, pacífica na jurisprudência. O Superior Tribunal de Justiça, mesmo após o advento do instituto da tutela antecipada, admite o uso da ação de exibição prevista no artigo 844 com caráter satisfativo, dispensando a propositura de ação principal se o caso não a requerer.¹²⁰⁴ Certo é que após a inserção da tutela antecipada no nosso ordenamento jurídico (artigo 273 e 461), não há como não reconhecer que a admissão de cautelares satisfativas agride a lógica sistemática do processo civil brasileiro.¹²⁰⁵

11.2. Requisitos e procedimento da exibição cautelar incidental contra uma das partes da ação principal: (CPC artigos 355-363).

¹²⁰³ Estes registros jurisprudenciais foram extraídos da obra citada de Theotonio Negrão, notas 2, 3 e 4^a, ao artigo 844.

¹²⁰⁴ Ementa: “*Processual Civil. Medida Cautelar. Exibição Judicial. art. 844/CPC. - Em princípio, as medidas cautelares estão vinculadas a uma ação principal, ou a ser proposta ou já em curso (art. 800/CPC). - Todavia, a jurisprudência, sensível aos fatos da vida, que são mais ricos que a previsão dos legisladores, tem reconhecido, em certas situações, a natureza satisfativa das cautelares, quando se verifica ser despicienda a propositura da ação principal, como na espécie, em que a cautelar de exibição exaure-se em si mesma, com a simples apresentação dos documentos. - Recurso conhecido pela divergência, mas desprovido*”. REsp nº 59.531- SP. Reg. nº 95/0003303-8. Relator: O Exmo. Sr. Ministro César Asfor Rocha. O inteiro teor deste acórdão pode ser encontrado em Theotonio Negrão, na op. cit. versão em CD-Rom, nota nº 08, artigo 844.

¹²⁰⁵ Por isso, são, a nosso ver, mais acertadas as seguintes decisões: 01- “*A exibição cautelar, em qualquer das suas formas, seja para a exibição de coisa, seja para a exibição de documentos, não pode ser principal e autônoma, devendo sempre ser preparatória*”. (JTJ 203/233); 02- “*A ação de exibição de documentos pode ser cumulada com o pedido liminar de sua busca e apreensão, pois são ambos processos cautelares*”. (RT 625/85). Grifamos.

Devemos ter em mente, a bem da coerência lógica, que concebemos a exibição da seguinte forma: se preparatória, tem natureza de processo cautelar; se incidental, sua natureza dependerá de quem irá figurar no pólo passivo: se quem figurar como demandado da exibição incidental for uma das partes da ação principal, ela terá natureza de incidente processual; se quem figurar como demandado da exibição incidental for terceiro estranho à lide principal, ela terá natureza ação cautelar incidental.

Pois bem, estabelecidas estas premissas, em qualquer caso a petição inicial da exibição deve observar, além dos requisitos do artigo 282-3 e 801, os pressupostos do artigo 356. O procedimento exhibitório incidental, independente da discussão acerca da sua natureza jurídica, é específico e vem regulado pelo artigo 357, de modo que preenchendo a atrial os elementos exigidos, deve o juiz:

01- se se tratar de exibição contra uma das partes da ação principal, mandar *intimar* a parte ré para apresentação de resposta no prazo de cinco dias. Este ato de ciência deve recair na pessoa do advogado da parte, a exemplo do que acontece com os demais incidentes processuais, bem como com as demais ações incidentais nas quais a citação também recai na pessoa do advogado, pois não se pode deixar de considerar o seguinte: o artigo 316, ao tratar da reconvenção, determinou que a ciência de sua propositura deveria recair na pessoa do advogado do reconvinado; no mesmo sentido, o artigo 57 prescreveu que na oposição os opostos devem ser ‘citados’ na pessoa de seus advogados, considerando isso, e o fim a que se destina o ato de ciência ao réu da exhibitória, estipulando prazo para resposta, deve ocorrer na pessoa de seu advogado.¹²⁰⁶ 02- se se tratar de exibição contra terceiro, deve o juiz determinar a sua citação.¹²⁰⁷ Observe-se que quando proposta contra o terceiro a lei determinou que ele seria *citado*, diferentemente de quando for parte na causa principal, caso em que a lei prescreveu que deveria ser *intimada*. Isto está a demonstrar o

¹²⁰⁶ A este respeito, Moacyr Amaral Santos, que entende tratar-se de citação, diz: “Esta será feita na pessoa do advogado do requerido”. Vide op. cit. p. 425.

¹²⁰⁷ Neste sentido diz o artigo 360: *Quando o documento ou a coisa estiver em poder de terceiro, o juiz mandará citá-lo para responder no prazo de 10 (dez) dias.*

caráter de incidente da exibição direcionada contra a parte, e de ação quando vertida contra o terceiro.

03- Cientificado o réu da exhibitória (parte na principal), poderá ele, no prazo de ‘cinco’ dias optar por uma das seguintes alternativas: 01- **impugnar o pedido** afirmando que não possui o documento ou a coisa, caso em que o juiz permitirá que o requerente prove, por qualquer meio, que a declaração não corresponde à verdade; 02- **recusar-se a exhibi-los** motivadamente; 03- **não responder e nem exhibir**. Vejamos o que ocorre em cada uma das situações: no primeiro e segundo casos o feito ingressará na fase probatória. Segundo o artigo 358, o juiz não admitirá a recusa da parte ré: se ela tiver obrigação legal de exhibir o documento ou a coisa; se aludir ao documento ou à coisa, no processo, com o intuito de constituir prova; ou se o documento, por seu conteúdo, for comum às partes. Deve-se considerar legítima a recusa, como preconizado pelo artigo 363, quando o documento ou a coisa: **I** – for concernente a negócios da própria vida da família; **II** - se a sua apresentação puder violar dever de honra; **III** - se a publicidade do documento redundar em desonra à parte ou ao terceiro, bem como a seus parentes consangüíneos ou afins até o terceiro grau; ou lhes representar perigo de ação penal; **IV** - se a exibição acarretar a divulgação de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, devam guardar segredo; **V** - se subsistirem outros motivos graves que, segundo o prudente arbítrio do juiz, justifiquem a recusa da exibição. Mas, deve o juiz observar se os motivos acima elencados atingem o documento por inteiro, ou se se referem a uma parte do mesmo, pois nesta hipótese, isto é, se disserem respeito só a uma parte do conteúdo do documento, da outra se extrairá uma suma para ser apresentada em juízo.

No momento da decisão, o juiz deve considerar com base no artigo 359: se o requerido fez qualquer declaração contrária à apresentação do que se quer exhibir, no prazo legal; ou ainda, se a recusa apresentada deve ser havida, ou não, por legítima. Improcedentes os argumentos da impugnação e da recusa, os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar, serão considerados como verdadeiros.

No terceiro caso, se o requerido não respondeu ou não efetuou a exibição o feito não ingressa na fase probatória, devendo o juiz decidir com base no inciso I do artigo 359

admitindo como verdadeiros os fatos a que se pretendia provar pelo documento ou coisa. Aqui ocorrerá espécie de revelia (artigo 319). A decisão é interlocutória, posto tratar-se de incidente processual, agravável, portanto.

11.3. A exibição contra o terceiro.

Se o réu da exibição for terceiro o prazo para resposta é de dez dias (artigo 360),¹²⁰⁸ devendo a petição inicial conter outros elementos além dos acima enumerados: 01- deve indicar o objeto da ação pendente ou a ser proposta; 02- a necessidade de utilização do documento ou coisa em poder do terceiro naquela demanda.¹²⁰⁹ Proposta a exibição contra o terceiro, podem ocorrer as seguintes situações: 01- o terceiro pode negar a obrigação de exhibir, ou que esteja na posse do documento ou da coisa – neste caso o juiz designará audiência especial, tomando-lhe o depoimento, bem como o das partes e, se necessário, de testemunhas; em seguida proferirá a sentença; 02- se o terceiro recusar-se, sem justo motivo, a efetuar a exibição, o juiz lhe ordenará que proceda ao respectivo depósito em cartório ou noutro lugar designado, no prazo de 5 (cinco) dias, impondo ao requerente que o embolse das despesas que tiver; se o terceiro descumprir a ordem, o juiz expedirá mandado de apreensão, requisitando, se necessário, força policial, tudo sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência, é o que diz o artigo 362.

A decisão que julga a exibição proposta contra terceiro tem natureza de sentença, apelável, portanto. As conseqüências processuais da decisão final dependerão de quem figura no pólo passivo da exibição: note-se que se for proposta contra parte da ação principal, poderá haver revelia nos casos enumerados no item anterior; se contra o terceiro isso não pode ocorrer, pois, primeiro, não seria justo penalizar a parte adversa na ação principal que nenhuma responsabilidade tem pela não exibição do terceiro, segundo, porque

¹²⁰⁸ O prazo para o terceiro contestar será sempre de dez dias, porque o artigo 845 estatuiu que se deve observar, quanto ao procedimento da exhibitória, no que couber, o disposto nos arts. 355 a 363, e 381 e 382.

¹²⁰⁹ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. p. 427.

a lei estabeleceu que a sanção sofrida pelo terceiro deve consistir na busca e apreensão e na incidência de crime por descumprimento de ordem judicial.

11.4. Da exibição de livros comerciais.

Os livros comerciais provam contra o seu autor, inscreve o artigo 378, que, entretanto, mitigando o seu rigor, faculta ao comerciante a demonstração, por todos os meios permitidos em direito, de que os lançamentos não correspondem à verdade dos fatos. Havendo litígio entre comerciantes o código de processo civil garantiu que os livros comerciais que preencham os requisitos exigidos por lei provam também a favor do seu autor. Em havendo anotações inverídicas nos livros mercantis, o ônus desta prova recai sobre o comerciante autor do livro.¹²¹⁰

Considerou o CPC (artigo 380) que a escrituração contábil é indivisível, mesmo que dos fatos que resultam dos lançamentos, uns são favoráveis ao interesse de seu autor e outros contrários, ambos serão considerados em conjunto como uma unidade. Ao juiz é permitido ordenar, a requerimento da parte, nos limites traçados pelo artigo 381, a exibição integral dos livros comerciais e dos documentos do arquivo, nos casos de: liquidação de sociedade; na sucessão por morte de sócio; quando e como determinar a lei. Mas, a despeito da menção à necessidade de requerimento da parte interessada, o artigo seguinte permitiu ao juiz, de ofício, ordenar a exibição parcial dos livros e documentos, extraindo-se deles a suma que interessar ao litígio, bem como reproduções autenticadas. A lei de falências, por sua vez, liberou a verificação de livros comerciais com o objetivo de tornar líquida a dívida do comerciante, possibilitando, pois, o manejo da ação de quebra. Este procedimento deve ser cautelar-preparatório cuja demanda principal será a de falência.¹²¹¹

¹²¹⁰ NERY JÚNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria, op. cit. p. 863.

¹²¹¹ Ibidem, p. 864.

A respeito da exibição de livros comerciais, o Supremo Tribunal Federal já editou duas súmulas: a de nº 260, esclarecendo que: "*O exame de livros comerciais, em ação judicial, fica limitado às transações entre os litigantes*"; e a de nº 390, explicando que: "*A exibição judicial de livros comerciais pode ser requerida como medida preventiva*". Neste caso, se o fim da cautelar for a propositura de futura ação de falência, a prova nela obtida não pode ser usada para fim diverso.¹²¹²

12. Da prova documental.

Apesar de que para fins exibitórios (artigos 355 a 363) deva-se proceder à distinção entre documento e coisa, todavia, quando se está a tratar da prova documental de forma generalizada, a doutrina conceitua o 'documento' como sendo a 'coisa' que possibilita o conhecimento de outra coisa ou de um fato com idoneidade suficiente a poder produzir prova.

Deve, nos termos esclarecedores de Moacyr Amaral Santos, tornar presente ao juiz o fato representado, sendo: "*a coisa representativa de um fato e destinada a fixá-lo de modo permanente e idôneo, reproduzindo-o em juízo*",¹²¹³ ou como complementa Pontes de Miranda: "*...é toda coisa em que se expressa por meios de sinais, o pensamento. Esse é o sentido restrito e técnico, que supõe o conteúdo intelectual como elemento definidor de documento*".¹²¹⁴ Vê-se, assim, que o conceito de documento resta adstrito às obras humanas representativas do pensamento, excluindo-se de seu âmbito, portanto, as coisas da natureza. Como decorrência, todo documento possui um autor que o subscreve e um conteúdo. Embora não haja óbice de se considerar documentos não assinados como aptos a provar a verdade dos fatos, desde que idôneos e 'atribuíveis' a determinado autor.

¹²¹² NERY JÚNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria, op. cit. p. 864, onde fazem referência a acórdão publicado em RT 492/138.

¹²¹³ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. p. 385.

¹²¹⁴ MIRANDA, Pontes de, op. cit. p. 357.

12.1. Documentos públicos e particulares.

Considerando a fonte de onde promana, o documento pode ser público e particular. Autor do **documento particular**, segundo o CPC (artigo 371), é: quem o fez e o assinou; aquele, por conta de quem foi feito, estando assinado; aquele que, mandando compô-lo, não o firmou, porque, conforme a experiência comum, não se costuma assinar, como livros comerciais e assentos domésticos, ou seja, são formados por alguém a agir na condição de particular. **Documento público** é aquele que tem por autor agente do Estado, pode ser uma escritura elaborada por um tabelião, por exemplo, ou outros produzidos por escrivão ou funcionário público. A força probante do documento público é distinta da do particular, pois como preceitua o artigo 364, faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença. De modo que produz prova plena do que nele se contém.¹²¹⁵

Vale o registro de que o documento constituído por oficial público incompetente, ou sem observar as formalidades legais, mas subscrito pelas partes, tem a mesma força do particular (artigo 367); e mais, as declarações constantes do documento particular, escrito e assinado, ou somente assinado, presumem-se verdadeiras em relação ao signatário, diz o artigo 368, ressalvando, porém, que quando contiver declaração de ciência, relativa a determinado fato, fará prova da ‘declaração’, mas não do ‘fato’ declarado, competindo ao interessado em sua veracidade o ônus de prová-lo. Diferente é o tratamento a respeito da data do documento particular, diz o CPC (artigo 370) que se a seu respeito surgir dúvida ou impugnação entre os litigantes, provar-se-á por todos os meios de direito. Mas o documento particular, de cuja autenticidade se não duvida, prova que o seu autor fez a declaração, que lhe é atribuída e sendo admitido expressa ou tacitamente, é indivisível,

¹²¹⁵ Neste sentido vejamos a seguinte decisão no REsp nº 6.944-ES. Reg. nº 90137101. Relator: o Exmº Sr. Ministro Dias Trindade. Recorrente: Célia Fernandes de Lima e Silva. *Ementa*: “Civil. Escritura pública de venda e quitação. Prova plena. A escritura pública faz prova plena do que nela se contém, de sorte a sobrepor-se a mera presunção da existência de débito por ela quitado, por permanecerem em poder do vendedor títulos cambiais vinculados ao contrato de promessa de venda, anteriormente formado entre as partes. Interpretação do art. 134 § 1º do Código Civil”. www.stj.gov.br.

não se conferindo à parte que dele pretende utilizar-se aceitar os fatos que lhe são favoráveis e recusar os que são contrários ao seu interesse, salvo se provar que estes não se verificaram (artigo 373). Todavia, em relação a terceiros, considerar-se-á datado o documento particular: se houver registro, no dia em que foi registrado; se houver morte de um signatário, desde a morte de qualquer deles; sobrevindo impossibilidade física a signatário, a partir desta data; da sua apresentação em repartição pública ou em juízo; do ato ou fato que estabeleça, de modo certo, a anterioridade da formação do documento.

Os documentos podem ser *autógrafos*, quando elaborados pelo autor do fato documentado e *heterógrafos* quando quem o elabora não é autor do fato documentado,¹²¹⁶ *assinados*, quando subscritos e, *não assinados*, quando não subscritos; *autênticos*, se nele houver prova da coincidência entre o seu autor aparente e o real; *autenticados*, quando esta coincidência for demonstrada fora do próprio documento; *sem autenticidade*, quando não há prova de tal coincidência.¹²¹⁷ Segundo o artigo 369 considera-se autêntico o documento, quando o tabelião reconhecer a firma do signatário, declarando que foi aposta em sua presença. Mas se a parte contra quem foi produzido o documento particular não lhe admitir a autenticidade da assinatura ou a veracidade do contexto, deve (artigo 372) na contestação – se for produzido na petição inicial –, ou no prazo de 10 (dez) dias, contados da intimação da sua juntada aos autos, suscitar o incidente de sua falsidade. E sempre que o documento houver sido obtido por erro, dolo ou coação, restará cessada, todavia, a eficácia da admissão de autenticidade expressa ou tácita. Mas, apesar de a lei exigir que a parte que não admitir a autenticidade da assinatura ou o conteúdo do documento deva valer-se do incidente de falsidade do artigo 390, nada obstante isto, o Superior Tribunal de Justiça vem

¹²¹⁶ O conceito de Cernelutti de documentos autógrafos é mais amplo que o acima elaborado: “... estes tipos de documentos podem definir-se com o nome de heterógrafos: documentos cuja nota essencial consiste em que não estão formados por quem realiza o fato documentado (...) na minha opinião, documento autógrafo não existe (somente) quando quem manifesta o pensamento escreve materialmente suas palavras, que constituem sua manifestação, senão em geral quando quem manifesta o pensamento realiza os atos que a ordem jurídica considera suficiente para atribuir-lhe a (os efeitos da) formação da escritura”. CARNELUTTI, Francesco, op. cit. p. 197-9.

¹²¹⁷ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. p. 392-94.

mitigando este rigor de forma para considerar cessada a fé de um tal documento desde o momento em que tal autenticidade for contestada.¹²¹⁸

O mesmo Superior Tribunal de Justiça interpretando o valor probante do documento público o equipara à respectiva cópia, subordinando-a a autenticação por agente público e considera que a cópia não autenticada não é desprovida de valor probante, mas a nivela ao valor dos documentos particulares. A análise do voto do relator designado para lavrar o acórdão no qual fundamentamos estes comentários, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros deixa claro que esta recepção de cópia de documento público não autenticada derivou da ausência de manifestação da parte contrária impugnando o dito documento.¹²¹⁹

¹²¹⁸ Neste sentido vejamos o REsp nº 15.706-SP. Reg. nº 91212385. Relator: O Exmº Sr. Ministro Nilson Naves. Ementa: “Documento particular. Cessação de fé. Ônus da prova. **Contestada a assinatura do documento particular, cessa-lhe a fé, independentemente da arguição de falsidade, cabendo o ônus da prova, nesse caso, à parte que o produziu, durante a instrução da causa. Por isso, não era lícito ao juiz, na espécie, julgar antecipadamente os embargos à execução. Recurso especial conhecido e provido**”. Salientamos. A análise do voto do eminente Ministro relator esclarece melhor a questão, vejamos: “Ora, contestada a assinatura do documento particular, cessa a sua fé, incumbindo, nesse caso, o ônus da prova “à parte que produziu o documento”. É o que dispõem os arts. 388-I e 389-II do Cód. de Pr. Civil, lembrados em apoio ao recurso, pelo fundamento da alínea “a”. Quanto à alínea “c”, veio à baila o acórdão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, com esses tópicos, que destaco: “No mérito, melhor sorte não socorre ao apelante. Com efeito, contestada a assinatura no documento, cabe à parte que o produziu comprovar a sua veracidade, nos termos do que dispõe o inciso II, do art. 389, do CPC. Trata-se, inegavelmente, de simples contestação de assinatura contra a parte exequente que produziu o documento na ação de execução, sendo aplicável ao caso o disposto no art. 388, I, do CPC, que agasalha a regra de fazer cessar a fé do documento particular, quando lhe for contestada a assinatura e enquanto não se comprovar a veracidade. Produzido o documento por uma parte, portanto, e negada a assinatura pela outra, incumbirá à primeira o ônus de provar a veracidade da firma, o que será feito na própria instrução da causa, sem necessidade de qualquer incidente.” Portanto, tem razão a recorrente, só não a tem quanto à extensão do provimento. Conheço do recurso especial, por ambos os seus motivos, e lhe dou provimento, mas em parte, para, anulando o processo a partir e inclusive da sentença, que julgou antecipadamente os embargos, determinar que, antes, seja aberta a fase de provas”. www.stj.gov.br.

¹²¹⁹ Vejamos: o REsp nº 162.807/SP. 98/0006493-1. Relator p/ acórdão: o Exmo. Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros. Relator originário: o Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira. Ementa: “Processual - Prova - Cópia não autenticada. I - O Art. 365, III equipara, em tema de valor probante, o documento público à respectiva cópia. Tal equiparação subordina-se ao adimplemento de um requisito: autenticação por agente público. O CPC, contudo, não transforma em inutilidade a cópia sem autenticação. II - fotocópia não autenticada equipara-se a documento particular, devendo ser submetida à contraparte, cujo silêncio gera presunção de veracidade (CPC - Art. 372). É pela análise do voto vencedor que verificamos que a aceitação da cópia derivou da falta de impugnação da parte adversa, vejamos o teor do voto do Exmo. Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: “O V. Acórdão recorrido não acatou, como elemento de prova, a reprodução xerográfica de documento público. Fez assim, porque a cópia não estava autenticada por oficial público. O eminente relator nega provimento ao recurso especial. Peço vênia para discordar. Tenho para mim, que o dispositivo expresso no Art. 365, III do Código de

Enfim, deve-se referenciar o artigo 377, que contém norma protetora do devedor consignando que a nota escrita pelo credor em qualquer parte de documento representativo de obrigação, ainda que não assinada, faz prova em benefício do devedor, quer esteja o documento em poder do devedor ou do credor. Esta ‘nota’ tem eficácia probatória, mas o suporte fático de incidência do artigo exige consignação do credor favorável ao devedor.¹²²⁰

12.2. O momento de produção da prova documental.

A parte autora tem o ônus de instruir a petição inicial como manda o artigo 396, com os documentos ‘*indispensáveis*’ – aqueles referidos pelo artigo 283 - à propositura, ou seja, aqueles sem os quais o pedido não pode ser examinado, pois se constituem em pressupostos da causa.¹²²¹ A parte ré tem o ônus de apresentar resposta – contestação, exceções e reconvenção -, com os documentos destinados a provar-lhe as alegações, isto é, os necessários e úteis.¹²²² Veja-se que tanto a petição inicial quanto a defesa devem, necessariamente, ser instruídas com a prova documental preexistente à data da apresentação

Processo Civil deve ser interpretado em conjunto com as demais regras que disciplinam a prova documental. A regra do inciso terceiro equipara a cópia autenticada do documento público ao original. Vale dizer: a cópia autenticada do documento público "faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença." (CPC - Art. 364). A cópia não autenticada não tem esta força. O Código, entretanto não veda seu ingresso nos autos, nem a declara irrita, como instrumento de prova. Não é lícito tomá-la como simples inutilidade. O texto da cópia não autenticada existe e está nos autos. Deve, por isto, ser levado em conta. Seu valor probante é igual ao de um documento particular, cujo contexto deve ser submetido à parte contrária (CPC - Art. 372). Se a contraparte não se manifesta, impugnando-lhe a materialidade ou o conteúdo, a cópia é tida como verdadeira. Na hipótese que ora examinamos, a contraparte não teceu qualquer comentário em torno das cópias malsinadas. Dou provimento ao recurso". Inteiro teor encontrado em NEGRÃO, Theotonio, versão em CD-ROM, nota 1b, artigo 372.

¹²²⁰ MIRANDA, Pontes de, op. cit. p. 378.

¹²²¹ A este respeito disse o Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 2.373 – MT. Registro nº 90.0002072-7. Relator: O Exmo. Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo. Ementa: “*Processo civil. Documentos indispensáveis. Conceito. Exegese do art. 614, I, CPC. Prova do dissenso. Inocorrência. Recurso não conhecido. Somente os documentos tidos como pressupostos da causa é que devem acompanhar a inicial e a defesa. Os demais podem ser oferecidos em outras fases e até mesmo na via recursal, desde que ouvida a parte contrária e inexistentes o espírito de ocultação premeditada e o propósito de surpreender o juízo*”. NEGRÃO, Theotonio, op. cit. em nota 01^a, artigo 397.

¹²²² Esclarecendo as espécies de documentos abrangidos pelo artigo 396, Pontes de Miranda consigna o seguinte: “*Documentos destinados a provar as alegações (art. 396) são os documentos necessários e os úteis, ao passo que os documentos indispensáveis são os que não podem faltar na instrução da petição inicial ou das respostas (arts. 283 e 297)*”. Cf. MIRANDA, Pontes de, op. cit. p. 409.

de cada uma, salvo comprovado motivo de força maior capaz de justificar a omissão. Excluindo esta ressalva às partes não se confere direito subjetivo processual com vistas a obrigar o juiz a aceitar juntada posterior de documento essencial.

Quando falou da juntada de documentos novos o código de processo civil, no artigo 397, disse ser lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos ‘*documentos novos*’, ou seja, produzidos depois da propositura e da apresentação da defesa, pois esclareceu que devem destinar-se a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapor-los aos que foram produzidos nos autos.¹²²³ Em atenção ao princípio da contradição da prova e ao contraditório, o CPC determinou, no artigo 398, que o juiz obrigatoriamente deve ouvir a parte adversa - no prazo de 5 (cinco) dias - sempre que for requerida a juntada de documento aos autos. Interessa observar que este artigo não tratou do direito à réplica, pois esta somente se verifica quando o autor rebate as alegações do réu constantes da contestação.¹²²⁴ Este direito vem regulado nos artigos 326 e 327, ou seja, haverá réplica apenas quando o réu, reconhecendo o fato em que se fundou a ação, outro lhe opuser impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, ou qualquer das matérias enumeradas no artigo 301 (preliminares). Ocorrendo isto diz a lei que o juiz mandará ouvir o autor no prazo de 10 (dez) dias, permitindo-lhe a produção de prova documental. Diferente é a hipótese tratada pelo artigo 398, que se refere à juntada de documentos por qualquer das partes, ao passo que a réplica pressupõe alegação da parte ré.

Este artigo 398 contém regra imperativa para o juiz, ao dizer que este *ouvirá* a parte contrária sempre que houver juntada de documento. A desobediência a este preceito importa na nulidade da sentença a posteriori proferida, se causar prejuízo à parte que não

¹²²³ Tanto isto é verdade que NERY JÚNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria, corroborando este entendimento dizem: “A prova documental preexiste à lide e deve vir acompanhando à inicial (CPC 283), ou a contestação (CPC 297), se for indispensável à propositura da ação ou à defesa do réu (CPC 396). Depois, pode a parte fazer a juntada de documentos novos (CPC 397) e o autor contrapor com prova documental as preliminares opostas pelo réu (CPC 327)”. Vide op. cit. p. 871.

¹²²⁴ Assim conceitua a réplica José Cretella Neto: “Peça escrita em que o **demandante** refuta as alegações oferecidas pelo réu, na contestação”. Vide CRETELLA NETO. *Dicionário de processo civil*. p. 442.

foi ouvida, em não causando gravame faltar-lhe-á interesse recursal para impugnar a decisão.¹²²⁵

Em algumas situações a parte pode não dispor de documento essencial à propositura ou ao exercício do direito de defesa, caso em que tem o direito de requerer ao juiz, com base no artigo 399, a requisição às repartições públicas em qualquer tempo ou grau de jurisdição de: certidões necessárias à prova das alegações; procedimentos administrativos nas causas em que forem interessados a União, o Estado, o Município, ou as respectivas entidades da administração indireta. Em assim procedendo deve o juiz, ao receber os autos, mandar extrair, no prazo máximo e improrrogável de 30 (trinta) dias, certidões ou reproduções fotográficas das peças indicadas pelas partes; findo o prazo, devolverá os autos à repartição de origem.

12.3. As cartas missivas e a constitucionalidade de seu uso no processo ante os preceitos da lei nº 9.610, de 19.2.98.

A situação prevista no artigo 376 suscita interesse, pois permite o uso de cartas particulares no processo, bem como os registros domésticos, prescrevendo que eles provam contra quem os escreveu quando: I - enunciam o recebimento de um crédito; II - contêm anotação, que visa a suprir a falta de título em favor de quem é apontado como credor; III - expressam conhecimento de fatos para os quais não se exija determinada prova. É importante memorizar que o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal garantiu a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, como já vimos, no último caso, por ordem judicial,

¹²²⁵ Assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 6.081-R J. Reg. nº 90.0011513-2. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo. Ementa: “*Processo Civil. Contraditório. Documento. Juntada. Audiência da parte contrária. Incidência do art. 398, CPC. Recurso provido. Nula se apresenta a decisão, proferida sem audiência da parte contrária sobre documento juntado aos autos, se dela resulta prejuízo, caracterizando-se, em tal contexto, ofensa à norma federal e ao princípio do contraditório, um dos pilares do devido processo legal*”.

nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Ante o que diz a Constituição não resta dúvida que as correspondências, comunicações telegráficas e de dados, somente podem ser usadas em processo mediante a autorização do respectivo autor. Tanto que a lei 9.610, de 19.2.98, dispôs no seu artigo 34, que as cartas missivas, cuja publicação está condicionada à permissão do autor, poderão ser juntadas como documento de prova em processos administrativos e judiciais. Que não se interprete este artigo no sentido de que podem as cartas missivas – aquelas destinadas a alguém – serem utilizadas em processos que tramitam em segredo de justiça. Este subterfúgio redundaria numa gritante inconstitucionalidade, posto que o que garantiu o artigo 5º da Constituição Federal, foi a *inviolabilidade*, e não a *publicidade*.

12.4. O modo de constituição dos documentos e a validade das reproduções fotográficas. O conteúdo e forma documental e a distinção entre ‘documento’ e ‘instrumento’.

Os documentos classificam-se em: 01- *diretos*, se o fato nele representado for transmitido pelo seu autor, e *indiretos*, quando não; 02- *escritos*, nos quais designam-se fatos através da escrita, *gráficos*, quando isso é feito através de outra forma, como, por exemplo, desenhos, pintura, etc., *plásticos*, quando representar coisas por meio de modelagens artísticas e, *estampados*, os que diretamente captam fatos, como fotos, filmes e gravações.¹²²⁶ Quanto às reproduções fotográficas ou obtidas por outros processos de

¹²²⁶ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. p. 389-90. Carnelutti utiliza a denominação de documento mediato e imediato para representar os documentos indiretos e diretos. Esclarecendo o pensamento deste autor Giacomo P. Augenti registra que: “*Nas Lezioni di dir. proc. civ. e no sistema se fala, não de documentos mediatos e immediatos, senão de documentos indiretos e diretos; porém o conceito é sempre o de que ‘a representação tenha ou não lugar por intermédio da mente humana’.* Este critério diferenciado se projeta com eficácia na antítese entre o documento gráfico e o fotográfico ou fonográfico: no primeiro, a placa que recebe e devolve a impressão da luz e do som é nosso cérebro, enquanto que no segundo está fora de nós”. AUGENTI, Giacomo P. *Apêndice à obra de Carnelutti: A prova civil*, p. 303.

repetição dos documentos particulares, o CPC (artigo 384) estabeleceu que valem como certidões, sempre que o escrivão portar por fé a sua conformidade com o original. O código de processo civil exigiu que aquela conformidade com o original fosse atestada pelo escrivão, não tendo validade, segundo o Supremo Tribunal Federal, a autenticação efetuada pela parte malgrado tenha esta a qualificação de autarquia.¹²²⁷ Corroborando a prerrogativa de conferência do chefe de secretaria, o artigo 385 diz que a cópia de documento particular tem o mesmo valor probante que o original, cabendo ao escrivão, intimadas as partes, proceder à conferência e certificar a conformidade entre a cópia e o original, mas em se tratando de fotografia, esta terá de ser acompanhada do respectivo negativo, e se a prova for uma fotografia publicada em jornal, exigir-se-ão o original e o negativo. Todo este rigor, porém, pode vir a ser desprezado se uma destas provas for produzida em desrespeito aos dispositivos supra, desde que não seja impugnada pela parte adversa, pois o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a inércia da parte contra a qual a prova foi produzida pode convalidar o respectivo valor probante, como se obedecido estivesse o formalismo legal, não se admitindo, sequer, o uso do recurso especial para ensejar reexame de prova.¹²²⁸

Em relação ao **conteúdo**, os documentos são: 01- *narrativos*, se contiverem declarações de ciência ou de verdade através de testemunhas ou fatos confessados pelo autor; *constitutivos*, quando a declaração de vontade nele contida representar a constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas; **quanto à forma** são: *solenes*, quando a lei impõe o modo de sua constituição, *informais*, quando não há imposição acerca do seu modo de se constituir; *originais*, quando os fatos são representados pelo próprio documento, *e cópias*, quando isso se faz através de reproduções do seu conteúdo; **tendo em vista o fim a que se destina**, são: 01- *pré-constituídos*, quando elaborados com o escopo de servir como meio de prova em processo futuro; *e casuais*, quando não levam em conta esta finalidade. É desta classificação, que realça o fim visado pelos documentos, que se extrai a diferenciação entre ‘**documentos**’, que designam o gênero das coisas que representam

¹²²⁷ RT 724.234.

¹²²⁸ REsp nº 85.645 – SP. Reg. nº 96.0001601-1. Relator: O Sr. Ministro Fontes de Alencar. Ementa: “Cópia de documento. - É sem importância a não autenticação de cópia de documento, quando não impugnado o seu conteúdo. - Súmula 07 do STJ. - Recurso especial não conhecido. Unânime”. Ementa extraída de NEGRÃO, Theotonio, op. cit. nota nº 01, artigo 385.

fatos, e ‘**instrumentos**’, que são espécies daqueles constituídos com a intenção prévia de serem utilizados como meio de prova em processo futuro. Os instrumentos, portanto, enquadram-se no conceito de prova pré-constituída.¹²²⁹

Os instrumentos serão públicos se elaborados por agentes públicos no exercício da sua função, classificando-se em: 01- **judiciais** – quando forem constituídos por juízes ou serventuários da justiça nos termos do artigo 365; 02- **administrativos** – elaborados por funcionários ou agentes públicos obedecendo à forma prescrita em lei; 03- **extrajudiciais** – os emanados de particulares ou detentores de serventias notariais ou de registro, como os atos dos tabeliães e oficiais do registro civil.¹²³⁰ O artigo 366 determina que quando a lei exigir como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta, tal como se dá com a escritura plena, que, segundo o Superior Tribunal de Justiça, é prova plena.

12.5. A valoração dos documentos pelo juiz: cessação da fé da prova documental.

Quem aprecia o valor de qualquer prova é o juiz, que, para tanto, age livremente considerando as provas e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegadas pelas partes, como escrito no artigo 131. Em relação à prova documental a situação não é diferente, quando o documento apresentar em ponto substancial e, sem ressalva, entrelinha, emenda, borrão ou cancelamento, o juiz apreciará livremente a fé que deva merecer, nestas condições. Constituído o documento, a partir daí irradiará a respectiva fé nos limites de cada caso concreto. A fé do documento público ou particular cessará mediante a declaração judicial de falsidade. Esta resulta da formação de documento não verdadeiro, ou da alteração de documento verdadeiro. Em relação ao documento particular a lei acrescentou que sua fé cessará sempre que lhe for contestada a assinatura e enquanto não se lhe comprovar a veracidade, ou, se assinado em branco, for abusivamente preenchido, isto é, quando quem o recebeu assinado, com texto não escrito no todo ou em parte, o formar ou o

¹²²⁹ Sobre a classificação supra veja-se SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. p. 389-90. Sobre a distinção entre documentos e instrumentos consulte-se CRETELLA NETO, José. *Dicionário de processo civil*, p. 165.

¹²³⁰ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. p. 392-94.

completar, por si ou por meio de outrem, violando o pacto feito com o signatário. Para tanto, o ônus da prova dependerá da situação específica, ou seja, quando se tratar de falsidade de documento, recairá sobre parte que a argüir e quando se tratar de contestação de assinatura, sobre a parte que produziu o documento.

12.6. Da argüição *incidenter tantum* e *principaliter* de falsidade documental.

Natureza jurídica e recurso adequado

Os documentos podem ser eivados de vícios formais ou materiais. Nestes termos, a doutrina distingue entre falsidade material e intelectual. Naquela o documento é produzido com assinatura falsa, com alteração da caligrafia. Nesta a materialidade documental foi constituída sem problemas, mas há alteração da respectiva declaração.¹²³¹

O incidente de falsidade vem regulado pelos artigos 390 a 395, e visa, através da produção de prova pericial, demonstrar a falsidade de documento produzido em processo pendente pela parte adversa. Pode ser argüido por qualquer das partes em qualquer tempo e grau de jurisdição. Mas isso não significa que a parte não tenha prazo para tanto, tem sim, o que não representa paradoxo, pois é a partir do momento em que se produz determinado documento – e isso nem sempre tem prazo certo - que a parte contra quem foi produzido o documento e pretende argüir de falso deve fazê-lo – se se tratar de parte ré - na contestação, quando o documento for produzido já petição inicial, ou no prazo de 10 (dez) dias, contados da intimação da sua juntada aos autos. Este prazo de dez dias aplica-se tanto para a parte ré, quando o documento não for anexado à atrial, quanto à parte autora.

Pelo menos dois aspectos cruciais do incidente de falsidade são fortemente controversos na doutrina e na jurisprudência: a sua natureza jurídica; e a possibilidade de argüição de falsidade ideológica. Vejamos agora o primeiro problema e deixemos o segundo para o próximo item. Pontes de Miranda e Moacyr Amaral Santos entendem que a

¹²³¹ BARBI, Celso, op. cit. p. 43.

arguição de falsidade regulamentada pelos artigos 390 a 395 do código de processo civil, possui natureza de ação declaratória incidental.¹²³² Sendo certo que a falsidade tanto pode ser argüida na forma *principaliter* – isto é, através de ação autônoma -, quanto *incidenter tantum* – incidentalmente em processo pendente -, não resta dúvida que quando manuseada na primeira opção terá indiscutivelmente natureza jurídica de ação. Problema maior remanesce, no entanto, em relação à segunda modalidade.

Parece-nos que se definirmos a natureza da decisão resolveremos o problema central da natureza do próprio incidente. A jurisprudência vem construindo o entendimento, que nos parece mais adequado, de que a decisão que julga o ‘incidente’ tanto pode vir a ter natureza de sentença quanto de decisão interlocutória. Como explica Theotonio Negrão, geralmente a decisão é de índole interlocutória, pois proferida no processo pendente, quase sempre, o mesmo prossegue após a definição de falsidade ou autenticidade documental, conseqüentemente o recurso cabível é o de agravo. Somente por exceção, quando tramitar pela via incidental, poderá o incidente ser considerado como ação autônoma. Para que isto ocorra, faz-se necessário que a sua instauração tenha se verificado depois do ‘encerramento’ da audiência de instrução e julgamento. De acordo com o artigo 391, quando o documento for oferecido antes de ‘encerrada’ a instrução, a parte o argüirá de falso, em petição dirigida ao juiz da causa, expondo os motivos em que funda a sua pretensão e os meios com que provará o alegado. Neste caso ele será autuado no processo pendente. Mas segundo o artigo 393, depois de ‘encerrada’ a instrução, o incidente de falsidade correrá em apenso aos autos principais.¹²³³ Pois bem, neste último caso, como a decisão encerra o procedimento de arguição de falsidade, que tramita em paralelo com a

¹²³² Segundo Pontes de Miranda: “A sentença, na ação incidental de falsidade, é declarativa. O recurso é o de apelação”. MIRANDA, pontes de, op. cit. p. 400. Moacyr Amaral Santos, por sua vez, explica: “A arguição de falsidade, que consiste na provocação do órgão jurisdicional para declarar a falsidade de documento, pode verificar-se, no cível, com finalidade preventiva, por meio de ação autônoma, ou como incidente, no curso do processo em que o documento foi oferecido. (...) Trata-se de ação incidente, mas sempre de ação, a cujos princípios a arguição deve respeitar. O que visa é uma sentença declaratória de falsidade do documento”. SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. p. 415.

¹²³³ É de boa prudência verificar que tanto o artigo 391, quanto o 393, apontam como momento determinante – em relação ao procedimento a ser observado - da arguição incidental de falsidade o ‘encerramento’ da audiência de instrução e julgamento, não o seu início ou instauração.

demanda principal, o recurso cabível deve ser a apelação, posto pôr termo ao ‘processo’ (artigo 162).¹²³⁴

Outro argumento a reforçar nossa posição decorre da eficácia de coisa julgada decorrente do julgamento da falsidade documental: quando oferecido o incidente depois de encerrada a audiência de instrução e julgamento o efeito de coisa julgada material advirá do trânsito em julgado da sentença que julgar o incidente e não da que julgar o processo principal, donde resta demonstrada a sua autonomia processual.¹²³⁵

12. 7. Incidente de falsidade e o problema da argüição de falsidade ideológica.

Cremos que qualquer espécie de falsidade pode ser objeto deste incidente: tanto a material quanto a ideológica, embora parte da doutrina resista à admissibilidade da argüição da falsidade ideológica neste procedimento. Nelson Nery Júnior e Rosa Nery, por exemplo, citando Frederico Marques, sustentam que, por estar afeta aos vícios do consentimento ou sociais do ato jurídico, a falsidade ideológica deveria ser suscitada através de ação própria de anulação de ato jurídico.¹²³⁶ O Superior Tribunal de Justiça, por outro lado, admite que pelo incidente de falsidade discuta-se aquelas duas espécies de falsidade.¹²³⁷ O Ministro Sálvio Figueiredo esclareceu a situação de forma deveras

¹²³⁴ Neste sentido veja-se RJTAMG 40/201. Mas Theotonio Negrão, porém, cita decisão do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário entendendo caber recurso de agravo nada obstante o processamento em apartado. Negrão demonstra o grau desta problematização escrevendo que: “No STJ, há divergência de opiniões: “A decisão que acolhe, com apoio em perícia, o incidente de falsidade, e, em consequência, extingue o processo, constitui sentença recorrível por meio de apelação e não por intermédio de agravo de instrumento” (STJ-6ª Turma, REsp 55.940-RJ, rel. Min. William Patterson, j. 25.9.95, não conheceram, v.u., DJU 4.12.95, p. 42.145). Entendendo cabível apelação, se a sentença foi proferida em autos apartados: 4ª Turma, REsp 60.099-PR, rel. Min. Cesar Rocha, j. 18.2.97, deram provimento, v.u., DJU 28.4.97, p. 15.874). Entendendo cabível o agravo, se o incidente foi processado nos autos principais: 4ª Turma, REsp 10.318-0-PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 7.4.92, negaram provimento, v.u., DJU 4.5.92, p. 5.889”. Vide op. cit. nota nº 01ª, artigo 395.

¹²³⁵ Explicando os efeitos da sentença que julga o incidente Theotonio Negrão anota que: “A sentença de incidente de falsidade faz coisa julgada material, entre as partes, ainda que ‘incidenter tantum’. Decide a questão, inclusive, com respeito a todos os litígios nos quais o documento possa ter relevância” (RT 598/161 e JTA 98/363)”. NEGRÃO, Theotonio, op. cit. nota nº 03, artigo 395.

¹²³⁶ Confira-se NERY JÚNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria, op. cit. p. 867.

¹²³⁷ Vejamos como o Superior Tribunal de Justiça entende o assunto: REsp nº 21.302-6 – BA. Registro nº 92.93523. Relator: O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade. Ementa: “Comercial. Processual Civil.

percuciente, no sentido de se fazer apenas a ressalva de que a falsidade documental somente não pode ser ventilada por este incidente quando a procedência da arguição redundar em desconstituição de situação jurídica, mas se se restringir à análise exclusiva de prova documental inexistente óbice.¹²³⁸

Falsidade documental. Incidente. Cabe argüir, em incidente de falsidade, tanto a falsidade material de documento, quanto a da veracidade do seu contexto (arts. 390, 391, c/c art. 372 do CPC)". Vejamos agora o trecho do voto do Ministro Relator que admitiu expressamente a arguição da falsidade ideológica no incidente: "*Pretende-se provar, no incidente, a falsidade da última certidão. Sem descer ao exame da influência ou desinfluência desse documento, que se inquina de falsidade em seu conteúdo, para instruir o pedido de falência, até porque de tal não cogita o acórdão e nem o próprio recurso, tenho que, não obstante insusceptível de exame pericial o documento dito ideologicamente falso, possível é o processo incidental de falsidade, previstos nos arts. 390 a 395 do Código de Processo Civil, para essa apuração, ainda de simples falsidade ideológica, porque, embora a regra do art. 392 possa induzir em contrário, é certo que outras provas poderão ser produzidas em desfavor do contexto, no próprio incidente, como está no art. 391, parte final, além de que norma o art. 372, ao fazer remessa ao art. 390, para que a parte contra quem produzido o documento alegue. "... se lhe admite ou não a autenticidade da assinatura e a veracidade do contexto". (grifei). É, pois, do sistema, a possibilidade de ser argüida a falsidade, tanto a material, quanto a ideológica - veracidade do contexto - de documento produzido no curso da lide. Isto posto, voto no sentido de não conhecer do recurso".* www.stj.gov.br.

¹²³⁸ Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 19.920-0 – PR. Registro nº 92.0005955-4. Relator: O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo. Ementa: "*Processual Civil. Falsidade ideológica. Documento narrativo. Apuração pela via incidental, art. 390, CPC. Disciplina no CPP. Recurso provido. I. A falsidade ideológica, salvo nas hipóteses em que o seu reconhecimento importe em desconstituição de situação jurídica, pode ser argüida como incidente, máxime quando sua apuração dependa unicamente da análise de prova documental*". www.stj.gov.br.

A leitura de parte do magistral voto do Ministro Relator esclarece definitivamente a questão, verbis: "*O SR. Ministro Sálvio de Figueiredo (Relator): O tema, indubitavelmente polêmico, havia sido apreciado pelo Supremo Tribunal Federal na vigência do sistema constitucional anterior, quando se firmou a seguinte orientação: "Incidente de falsidade - Falsidade ideológica - Possibilidade de ser reconhecida em face da lei adjetiva civil não a distinguir da falsidade material - Citação de doutrina" (RE nº 86.606-GO, Relator o Sr. Min. Cunha Peixoto, j. em 8.11.77 JB 103/34). Também na doutrina a matéria não se mostra pacífica. É do magistério de JOÃO CARLOS PESTANA DE AGUIAR, em escólios ao art. 390 do Código de Processo Civil, que, "a despeito do conteúdo aparentemente genérico do item I do art. 387, ao dizer que a falsidade consiste em formar documento não verdadeiro, não pode esta passagem ser tomada como abrangente da falsidade ideológica, que se submete a outro regime legal" ("Comentários ao Código de Processo Civil", 2ª ed., vol. IV, Ed. RT, item 4, pág. 258). Adotando posicionamento diverso, doutrina MOACYR AMARAL SANTOS, "verbis": "Falsidade documental no sistema do Código - O legislador pátrio entendeu definir-se doutrinariamente no tocante à doutrina sobre falsidade documental, dando-lhe o conceito: "A falsidade consiste: I - em formar documento não verdadeiro; II - em alterar documento verdadeiro (artigo 387, parágrafo único). À primeira vista, pela linguagem carneluttiana adotada, tem-se a impressão de que a lei considera apenas a hipótese da falsidade material. Mas exame mais ponderado nos faz acreditar que no contexto legal está compreendida também a falsidade ideológica" ("Comentários ao Código de Processo Civil", vol. IV, 1ª ed., Forense, 1976, item 183, pág. 230). Outro não foi o entendimento de SÉRGIO SAHIONE FADEL, que, citando outros autores, ensina: "O incidente de falsidade abrange não somente a falsidade material do documento, bem como a falsidade intelectual ou ideológica. No primeiro caso estaria a falsificação, ou a alteração de documento verdadeiro, "mutatio veritatis", seja pela inclusão ou pela supressão ou substituição de texto ou palavra, seja pela apagadura, raspagem, emenda etc., ou ainda pela assinatura falsa. No segundo, a falsidade intelectual consistente na*

formação de documento não verdadeiro, o qual, embora materialmente perfeito, contém afirmações falsas ou irreais. Conforme afirmou SADY CARDOSO DE GUSMÃO (Incidente de Falsidade, "in" Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, vol. 26, pág. 206), "a falsidade pode ser pessoal (depoimento falso, substituição de pessoa), material e ideológica, entendendo alguns autores, entre eles Hugo Simas, firme na jurisprudência anterior ao atual Código (refere-se ao de 1939), que não se resolve por via do incidente a falsidade ideológica, o que não se ajusta à técnica atual, como bem observa Jorge Americano, em seus Com. ao Cód. de Processo Civil, vol. III, pág. 127" ("Código de Processo Civil Comentado", Tomo II, 1974, pág. 249). HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, em posição intermediária entre as duas correntes, por sua vez leciona (grifei): "Na doutrina e jurisprudência nacionais, desde o regime do CPC de 1939, se formou uma corrente restritiva a defender a tese de que a ação declaratória, principal ou incidente, só se prestaria a declarar o falso material, e não o ideológico, o qual dependeria de ação comum de simulação (...). De outro lado, vozes não menos abalizadas se puseram contra a restrição em tela e defenderam a ampla abrangência do processo declaratório, que não deveria ficar limitado ao falso material e que deveria ser aplicado, igualmente, ao falso ideológico, mesmo porque nada se lê na lei que venha a impor a restrição preconizada pela primeira corrente (Pontes de Miranda, Coments. cit., IV, p. 530; Celso Barbi, ob. cit., p. 116; Amaral Santos, ob. cit., IV, n. 267, nota 33-A, e n. 268, ps. 549-554). Na jurisprudência, as mesmas correntes se instalaram (...). Ao publicar meu Curso de Direito Processual Civil, dei minha adesão à corrente que, sem exceção, entendia ser imprópria a ação declaratória incidental de falsidade para os casos de falso ideológico, ao pretexto de que, em tal conjuntura, haveria necessidade de atacar e desconstituir o negócio jurídico gerado pelo vício de consentimento ou pela simulação, o que se entendia ultrapassar o âmbito da pura declaração incidente (Curso cit., 3ª ed., Rio, Forense, v. I, n. 455, ps. 491-492). Revendo a controvérsia, vejo agora que as duas correntes antagônicas contêm enunciados verdadeiros e que a dissidência surgiu apenas por causa do extremismo e da excessiva generalização a que ambas chegaram. E, destarte, vejo-me compelido a penitenciar-me de ter seguido uma delas, sem atentar para exceções inevitáveis, que não poderiam deixar de ser consideradas. Com efeito, correta se me afigura a assertiva da primeira corrente de que a ação incidental não se destina a desconstituir negócios jurídicos defeituosos, mas só a declarar autenticidade ou falsidade da prova. Como também não me parece incorreta a afirmativa de que os termos amplos dos arts. 4º, II, e 390 do CPC não são de molde a impor aprioristicamente a limitação de só ser declarável em sentença de ação declaratória a falsidade material. (...) O limite, portanto, não está na letra da lei, mas sim na interpretação que se lhe tem dado. E a corrente restritiva parte sempre do ponto de vista (certo, aliás) de que um instrumento de finalidade tipicamente declaratória não pode se prestar a um resultado constitutivo, como é o de anular o negócio jurídico eivado de vício de consentimento (erro, dolo) ou vício social (simulação). Acontece que se, em regra, o falso ideológico encobre negócio jurídico simulado, que reclama anulação e não declaração de falsidade, não menos certo é que existem documentos contaminados com esse tipo de falsidade que não instrumentalizam negócio jurídico algum. A regra, pois, que explica o descobrimento da declaratória de falsidade do documento que exprime negócio jurídico simulado, não se presta, evidentemente, a justificar a extensão desse marco restritivo até a alcançar os documentos que contêm falso ideológico, sem, todavia, representar negócio jurídico pendente de anulação. O correto e preciso enfoque do problema há de partir da distinção que se impõe entre os documentos constitutivos e os documentos narrativos, segundo velha e inatacável classificação que a melhor doutrina sempre tem feito sobre a prova documental. Documento constitutivo, também denominado documento dispositivo, é aquele que não só registra um fato, mas que instrumentaliza uma declaração de vontade. Já o documento narrativo, também denominado documento testemunhal, como o nome indica, funciona apenas como registro material de uma declaração de verdade (cf. Celso Barbi, ob. cit., p. 112; Amaral Santos, ob. cit., IV, n. 268, p. 553). O conteúdo do documento constitutivo, para Carnelutti, mais do que o registro da existência da "dichiarazione di volontà", "rappresenta, precisamente, la dichiarazione medesima", vinda de seu próprio autor e documentada por ele mesmo (Teoria del falso, Padova, Cedam, 1935, n. 62, p. 141). O documento, então, confunde-se com o instrumento da declaração de vontade. E pode-se dizer que a declaração de vontade, lançada no documento constitutivo, é, em si mesma, a causa do efeito jurídico que o agente buscou e produziu com seu ato de vontade. Enquanto o documento testemunhal só tem com efeito o registro do fato representado, o documento constitutivo registra uma declaração de vontade que é ela mesma a causa de um efeito jurídico material, que é aquele mesmo que o fato

12.8. Procedimento do ‘incidente’:

não cabimento no rito sumário e sua adstrição à prova pericial.

O procedimento do ‘incidente’ de falsidade é previsto no artigo 392 e se inicia com a provocação da parte interessada, gerando, logo que for suscitado, a eficácia suspensiva do processo principal. Em seguida, deve a parte que produziu o documento ser intimada para responder no prazo de 10 (dez) dias. Esta pode concordar com a alegação de falso e retirar o documento dos autos, se assim aquiescer a parte que suscitou o falso, o que acarreta a perda do seu objeto. Mas, se a parte que produziu o documento não concordar com a arguição de falso, ou se a que suscitou o incidente não concordar com o desentranhamento, o juiz ordenará o exame pericial devendo-se guiar pelos artigos 420 a 439. A prova pericial é a única espécie de prova admitida pelo CPC como podendo ser manejada no incidente de falsidade, é a única que pode ser produzida para comprovação da falsidade.¹²³⁹ Produzida a prova necessária à formação do convencimento, o juiz deve

documentado deve produzir no mundo das relações intersubjetivas. Assim, usar o registro de ponto para provar a frequência do funcionário à repartição é lançar mão de um documento puramente narrativo, o mesmo ocorrendo com o uso de um bilhete de trem ou avião, para provar o deslocamento ou a presença de alguém, em relação a uma cidade, etc. Mas, lançar mão do documento lavrado para conter o reconhecimento de uma paternidade, ou para concluir um contrato qualquer, é provar ao mesmo tempo o fato ocorrido e ainda a própria declaração volitiva com todos os seus efeitos de direito. Daí ensinar Carnelutti que este último tipo de declaração não se presta apenas para registrar o fato; "al contrario la dichiarazione è la causa c dell'effetto, il quale dall fatto rappresentato di per sé, quantunque altrimenti fissato, non sorgerebbe" (La Prova Civile cit., n. 29, p. 167). De uma maneira geral, todos os autores e mesmo a jurisprudência, que inadmitem o incidente de falsidade ou a ação declaratória no caso de falso ideológico, buscam fundamento no argumento de ser necessário o uso de ação constitutiva para atacar o negócio jurídico viciado que se acha incorporado ao documento (Buzaid, ob. cit., ns. 91, 92, 118, ps. 121, 123, 151; João Baptista Lopes, ob. cit., n. 1.11.3, p. 66; Ada Pellegrini Grinover, ob. cit., n. 56, p. 86; Raphael Cirigliano, ob. cit., ps. 140-141; Adroaldo Furtado Fabrício, ob. cit., n. 46, p. 106; Frederico Marques, ob. cit., n. 568, p. 79). Isto vale dizer que a doutrina brasileira que se apegou à inadmissibilidade de ação declaratória, em tema de falso ideológico, voltou sua preocupação apenas e tão-somente para os documentos constitutivos. E diante deles fixou a conclusão de que não poderia usar um remédio puramente declaratório, quando o caso estava a reclamar medida constitutiva, isto é, não apenas a declaração de falsidade, mas sim a anulação do ato jurídico viciado por erro, dolo ou simulação. Acontece que existindo outros tipos de documentos, onde inexistente a figura do ato ou negócio jurídico a desconstituir, tais documentos quando falsificados ideologicamente não devem ser excluídos do âmbito da ação declaratória, por falta de razão plausível para semelhante restrição”.

¹²³⁹ Entretanto, Nelson Nery Júnior e Rosa Nery citam entendimento doutrinário no sentido de que: “Se a falsidade é de documento público, o juiz deve ouvir o oficial que lavrou o documento e as testemunhas instrumentárias, se possível (Paula, PCLI, 7175, p. 595)”. NERY JÚNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria, op. cit. p. 869.

decidir: por sentença, se a arguição de falsidade tiver sido proposta após o encerramento da audiência de instrução; por decisão interlocutória, se tiver ocorrido antes disso. Mas sempre, ao resolver o incidente, deve o juiz declarar a falsidade ou a autenticidade do documento.

Em decorrência da vedação expressa no artigo 280 do código de processo civil, o qual proíbe a tramitação de ação declaratória incidental pelo procedimento sumário, não pode ser admitido o incidente de falsidade nesta espécie de rito. Isso, todavia, não pode implicar em vedação à parte contra a qual foi produzido documento falso, no sentido de não poder impugná-lo. Pode sim, pois com base no artigo 372 compete à parte, contra quem foi produzido documento particular, alegar no mesmo prazo estabelecido para o incidente de falsidade no artigo 390, se lhe admite ou não a autenticidade da assinatura e a veracidade do contexto. Pode o juiz determinar, se a hipótese o exigir, a conversão do procedimento sumário para o ordinário, como lho permite os parágrafos 4º e 5º do artigo 277.¹²⁴⁰ O que é inadmissível é que haja a produção de um documento falso e a parte contrária não poder impugná-lo, o que representaria uma restrição indevida ao contraditório com conseqüente nulidade processual.

12.9. O CPC e os documentos eletrônicos: a juscibernetização da prova documental.

A práxis forense brasileira tem demonstrado-se excessivamente tímida em relação à aplicação da cibernética à experiência jurídica, não há no Brasil, sequer, lei que regulamente o uso de documentos eletrônicos, a despeito dos vários projetos que tramitam penosamente pelo Congresso Nacional. Mas a timidez nacional não pode invocar a inexistência de lei específica como pretexto contrário ao uso dos documentos eletrônicos, pois o ordenamento atual já contém mecanismos autorizadores de sua admissão no

¹²⁴⁰ Pois, dizem estes dispositivos do artigo 277: § 4º - *O juiz, na audiência, decidirá de plano a impugnação ao valor da causa ou a controvérsia sobre a natureza da demanda, determinando, se for o caso, a conversão do procedimento sumário em ordinário.* § 5º - *A conversão também ocorrerá quando houver necessidade de prova técnica de complexidade.*

processo. É o que ocorre, por exemplo, com o artigo 374 do CPC, que equipara a força probatória do telegrama e do radiograma - que segundo o artigo 375, presume-se conforme o original -, bem como *qualquer outro meio de transmissão* a dos documentos particulares.

Outro dispositivo processual civil favorável à adoção dos documentos eletrônicos é o artigo 384, pois garante que qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, cinematográfica, fonográfica “*ou de outra espécie*”, faz prova dos fatos ou das coisas representadas, se aquela contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade. Certo que este artigo referiu-se às reproduções mecânicas e não eletrônicas, ditando que uma vez impugnada a sua autenticidade, o juiz ordenará a realização de exame pericial. Certo também que aqueles contrários ao avanço tecnológico do processo civil podem argüir esta restrição literal em detrimento do advento da documentação eletrônica, embora teleologicamente falando não exista vedação de uma interpretação socialmente adequada.

Esta, porém, não se faz necessária uma vez que a lei nº 9.800 de 26 de maio de 1999 faculta às partes a utilização de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais, permitindo, no artigo 1º, a utilização de sistema de transmissão de dados e imagens tipo fac-símile ou outro semelhante, para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita. Para extirpar dúvidas, o artigo 3º autoriza os juízes a praticarem atos de sua competência à vista de transmissões efetuadas na forma desta lei. Argumentos, portanto, comprovadores de que a documentação eletrônica pode sim ser adotada com base naqueles dois dispositivos acima referidos, e, mormente, com fundamento na lei supra.

Na Itália, o Decreto nº 513 de 10 de novembro de 1997 já definiu o documento eletrônico como: “... *a representação informática dos atos, fatos e dados juridicamente relevantes*”.¹²⁴¹ Os documentos eletrônicos são meios lícitos de prova, pois o artigo 332 considera aptos à demonstração da verdade ‘todos os meios legais’, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código. A espécie documental eletrônica é hábil para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa, pois

¹²⁴¹ DE LUCCA, Newton. *Títulos e contratos eletrônicos – o advento da informática e seu impacto no mundo jurídico*, publicado em *Direito e internet – aspectos jurídicos relevantes*. Coord. DAOUN, Alexandre Jean, São Paulo: Edipro, 2000, p. 65.

que se trata de meio legal previsto pela lei 9.800/99. Esta lei preocupou-se, inclusive, com a fé dos documentos produzidos através de sistemas de transmissão de dados, quando no artigo 4º responsabilizou quem fizer uso de sistema de transmissão pela qualidade e fidelidade do material transmitido, e por sua entrega ao órgão judiciário, acrescentando, ainda, que sem prejuízo de outras sanções, o usuário do sistema será considerado litigante de má-fé se não houver perfeita concordância entre o original remetido e o original entregue em juízo. Infelizmente, a resolução nº 179/99, do Supremo Tribunal Federal, restringiu a eficácia da lei nº 9.800/99 ao processamento de petições enviadas através de fax.¹²⁴²

Todavia, a restrição ‘administrativa’ do STF não se constitui em óbice ao uso dos documentos eletrônicos. A partir de 2001, o documento eletrônico foi regulamentado pela Medida Provisória nº 2.200, de 2001, que sofreu ataques da doutrina em face de não

¹²⁴² Vejamos o seu inteiro teor: **Resolução nº 179, de 26 de julho de 1999** - DJ de 2.8.99. Dispõe sobre a utilização, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, do sistema de transmissão de dados e imagens tipo fac-símile (fax), para a prática de atos processuais. **O PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**, no uso das atribuições que lhe confere o art. 13, XVI, combinado com o art. 363, I, do Regimento Interno, com a redação dada pela Emenda Regimental nº 1, de 25 de novembro de 1981, considerando o disposto na Lei nº 9.800, de 26 de maio de 1999, RESOLVE: Art. 1º É permitida às partes a utilização do sistema de transmissão de dados e imagens tipo fac-símile (fax) para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita, nos termos da Lei nº 9.800, de 26 de maio de 1999. Parágrafo único. As petições transmitidas deverão atender às exigências da legislação processual. Art. 2º Somente serão permitidos, para recepção do sistema de transmissão previsto no art. 1º, os equipamentos localizados na Seção de Protocolo e Informações Judiciais, da Coordenadoria de Registros e Informações Processuais, da Secretaria de Processamento Judiciário, conectados às linhas telefônicas de números (61) 321-6194 e (61) 321-6707. Parágrafo único. Os riscos de não-obtenção de linha telefônica disponível, ou defeitos de transmissão ou recepção, correrão à conta do remetente, e não escusarão o cumprimento dos prazos legais. Art. 3º Recebidas as petições, durante o horário de atendimento ao público (das 11:00 às 19:00 horas), a Seção de Protocolo e Informações Judiciais adotarà, de imediato, as necessárias providências de registro e protocolo, admitindo-se, como prova do oportuno recebimento do original transmitido, a autenticação dada pelo equipamento receptor, a qual será anexada aos autos, e, como comprovante da transmissão, o relatório do equipamento transmissor do fac-símile (fax). Parágrafo único. As petições recebidas somente serão encaminhadas, para posterior conclusão ao Gabinetes dos Srs. Ministros, após a chegada dos originais ou da certificação do transcurso do prazo para a prática do ato processual. Art. 4º A pedido do remetente e por este custeado, a Seção de Protocolo e Informações Judiciais enviará ao interessado, inclusive pelo sistema tipo fac-símile (fax), se for o caso, cópia da primeira página da petição recebida e protocolizada no Supremo Tribunal Federal, a qual servirá como contra-fé. Art. 5º A utilização do sistema de transmissão previsto no art. 1º não desobrigará seu usuário da protocolização dos originais na Seção de Protocolo e Informações Judiciais, no prazo e condições previstos no art. 2º e parágrafo único da Lei 9.800, de 1999. Art. 6º Esta Resolução entre em vigor no dia 1º de agosto de 1999, ficando revogadas as disposições em contrário. Brasília, 26 de julho de 1999. Ministro CARLOS VELLOSO. Presidente.

manter pertinência com as legislações que tratam do mesmo tema em outros países, nem com a proposta da Lei Modelo da Uncitral,¹²⁴³ e, nem mesmo, enfim, com o projeto de lei da OAB-SP. Um dos problemas desta MP consiste na imposição de que os documentos eletrônicos devam ser assinados com chaves certificadas por uma Autoridade Certificadora credenciada pelo Comitê instituído. Estes problemas foram solucionados em parte, com a reedição daquela MP, mas o que interessa, enfim, é que a admissão dos documentos eletrônicos é hoje uma realidade para além da faticidade forense, é uma realidade jurídica.

13. Da prova testemunhal.

A testemunha não é considerada sujeito processual, apenas depõe em juízo atestando a veracidade dos fatos que tiver conhecimento. Os depoimentos prestados em juízo pelas testemunhas são considerados como serviço público (419). Quando a lei não dispuser de forma contrária este meio de prova será sempre admissível. Mas ante o prescrito no artigo 400, é desnecessária a ouvida de testemunhas sobre: fatos: I - já provados por documento ou confissão da parte; II - que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados. O artigo 401 encerrou restrição à prova testemunhal, proibindo o seu uso exclusivo nos processos nos quais se discute contratos cujo valor exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados. Inexiste a vedação se à época da propositura da ação houver o dito excesso. Noutras palavras, não é permitido prova exclusivamente testemunhal em demandas destinadas a dirimir lides contratuais se o valor do contrato – à época da celebração – excedia a dez vezes o valor do maior salário mínimo vigente no Brasil.

A jurisprudência vem recusando, ainda, a prova exclusivamente testemunhal para efeito de prova de atividade rural, para fins de obtenção de benefício

¹²⁴³ *United Nations Commission on International Trade Law.*

previdenciário.¹²⁴⁴ Além deste enunciado há outro ainda mais rigoroso sumulado pelo TRF da 1ª Região, que não admite prova exclusivamente testemunhal com o escopo de demonstrar tanto a atividade rural quanto a urbana.¹²⁴⁵ Há, todavia, uma tendência na jurisprudência em admitir a prova exclusivamente testemunhal para provar efeitos contratuais pretéritos, qualquer que seja o seu valor (RT 499/141 e JTA 44/112). Do mesmo modo, tem-se admitido a exclusividade da prova testemunhal nos contratos de prestação de serviços, independentemente do valor e de se referir, ou não, a efeitos passados: (RT 715/179). Nos contratos agrários (nos de parceria rural, inclusive) a exclusividade da prova ora abordada é permitida pelo Dec. 59.566, de 14.11.66, entendimento este que vem sendo confirmado na jurisprudência: (RT 625/148) e (STJ-3ª Turma, REsp 10.807-PI, rel. Min. Dias Trindade, j. 21.6.91, DJU 19.8.91, p. 10.995).¹²⁴⁶

Também o artigo 404 considera ser lícito à parte inocente provar com testemunhas: **I** - nos contratos simulados, a divergência entre a vontade real e a vontade declarada; **II** - nos contratos em geral, os vícios do consentimento. Trata-se de mais uma possibilidade de admissão de prova exclusivamente testemunhal, pois que o seu objeto recai sobre fatos vinculados à validade do contrato, desinteressando que o ato negocial insira-se dentre aqueles aos quais se aplique a vedação legal.¹²⁴⁷ A despeito da vinculação do valor do contrato ao uso da prova testemunhal, o artigo 402 admite-a quando: I - houver começo de prova material; II- o credor não pode ou não podia, moral ou materialmente, obter a prova escrita da obrigação, em casos como o de parentesco, depósito necessário ou hospedagem em hotel. Tudo o que se contém nos artigos 401 e 402, aplica-se ao pagamento e à remissão da dívida.

A princípio todas as pessoas podem depor como testemunha, salvo se pairar óbice ou suspeita sobre sua imparcialidade, ou se for incapaz. Neste sentido o artigo 405

¹²⁴⁴ É o que prescreve a súmula 149 do Superior Tribunal de Justiça: *"A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário"*.

¹²⁴⁵ Neste sentido enuncia a súmula 27 deste TRF: *"Não é admissível prova exclusivamente testemunhal para reconhecimento de tempo de exercício de atividade urbana e rural"*.

¹²⁴⁶ NEGRÃO, Theotonio, op. cit. nota ao artigo 401.

¹²⁴⁷ NERY JÚNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria, op. cit. p. 876, onde afirmam que: *"Admite-se a prova exclusivamente testemunhal se o seu objeto forem fatos que comprometam a validade do contrato celebrado, ainda que intrinsecamente o contrato seja daqueles que não admitem prova exclusivamente testemunhal para a demonstração de sua existência (CPC 401)"*.

determina que não podem depor como testemunhas as pessoas incapazes; impedidas e suspeitas.¹²⁴⁸ As pessoas que não estiverem abrangidas pela vedação do dispositivo supra, devem, ao início da inquirição, prestar o compromisso de dizer a verdade do que souberem e lhes for perguntado, sendo, para tanto, advertidas pelo juiz que incorre em sanção penal quem faz afirmação falsa, cala ou oculta a verdade (artigo 415). Mas o fato de a lei vedar que pessoas impedidas, suspeitas ou incapazes, deponham como testemunha não significa que não possam depor. Isso é sim possível desde que não prestem compromisso, pois permite o § 4º do artigo 405, que, mediante a prova da estrita necessidade, o juiz ouvirá testemunhas impedidas ou suspeitas, devendo o juiz atribuir o valor que possam merecer.

A respeito das proibições dos depoimentos de testemunhas subsumidas pelo artigo 405, a jurisprudência vem tecendo algumas relevantes considerações, tais como a que permite a prestação do depoimento da testemunha parente, em grau proibido, de ambas as partes; o médico da gestante na ação de investigação de paternidade pode depor como informante, isto é, sem prestar o compromisso; o oficial de justiça que certificou na ação em curso não é suspeito; o empregado não é suspeito, salvo se possuir interesse concreto na lide; testemunhas do réu, que também são rés do autor noutras ações, podem depor.¹²⁴⁹

Em sentido contrário, segundo precedentes jurisprudenciais, não podem depor: o sócio gerente, pois é impedido ainda que tenha deixado a sociedade durante a tramitação da ação; advogados que assistam ou tenham assistido as partes; advogados mesmo que não

¹²⁴⁸ Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas. § 1º - São incapazes: **I** - o interdito por demência; **II** - o que, acometido por enfermidade, ou debilidade mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los; ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções; **III** - o menor de 16 (dezesseis) anos; **IV** - o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam. § 2º - São impedidos: **I** - o cônjuge, bem como o ascendente e o descendente em qualquer grau, ou colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consangüinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público, ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova, que o juiz reputar necessária ao julgamento do mérito; **II** - o que é parte na causa; **III** - o que intervém em nome de uma parte, como o tutor na causa do menor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros, que assistam ou tenham assistido as partes. § 3º - São suspeitos: **I** - o condenado por crime de falso testemunho, havendo transitado em julgado a sentença; **II** - o que, por seus costumes, não for digno de fé; **III** - o inimigo capital da parte, ou o seu amigo íntimo; **IV** - o que tiver interesse no litígio. § 4º - Sendo estritamente necessário, o juiz ouvirá testemunhas impedidas ou suspeitas; mas os seus depoimentos serão prestados independentemente de compromisso (art. 415) e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer.

¹²⁴⁹ NEGRÃO, Theotonio, op. cit. nota ao artigo 405.

sejam representantes postulacionais, não podem depor sobre fatos (406, II) a cujo respeito, por estado ou profissão, devam guardar sigilo.¹²⁵⁰ A testemunha não pode ser obrigada a depor fora dos limites territoriais de sua comarca, nem sobre fatos: que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge e aos seus parentes consanguíneos ou afins, em linha reta, ou na colateral em segundo grau; a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo (artigo 406).

A parte interessada no depoimento de determinada(s) testemunha(s) deve indicar ao juízo os elementos de qualificação de cada uma delas, incumbindo-lhe ainda nominar aquelas com as quais pretende provar a verdade dos fatos. Como já vimos, após a vigência da lei nº 10.358/01, o prazo para a apresentação do rol deixou de ser legal e passou a ser judicial, devendo o juiz fixá-lo de modo a possibilitar o pleno exercício do direito probatório, ou seja, concedendo prazo razoável para a desincumbência do encargo. Na omissão do juiz na fixação do prazo, a lei, neste caso, estabeleceu o dobro do da sistemática anterior: dez dias. É de bom senso que ao fixar o prazo judicial da apresentação do rol, o magistrado adote como parâmetro o de dez dias, a fim de possibilitar o fiel cumprimento dos atos intimatórios de modo a preservar e garantir a realização da audiência, evitando desperdício de tempo e de dinheiro.¹²⁵¹

A apresentação do rol de testemunhas deve ocorrer em cartório, diz a lei, contando-se o prazo na forma do artigo 184, isto é, excluindo-se o dia do começo e incluindo-se o do fim. Nada obstante o fato de o rol dever ser apresentado em cartório,

¹²⁵⁰ Sobre as vedações referentes aos depoimentos de advogados na condição de testemunhas, Theotonio Negrão arrola-nos os seguintes arestos: " *Tem o advogado o direito-dever de negar-se a depor quando em jogo questão e ou pessoa postos sob seu patrocínio*" (RSTJ 57/125, maioria); " *A proibição do advogado que assiste ou assistiu a parte de testemunhar se dá, no direito processual, pela proximidade de ambos em decorrência do vínculo contratual que os une, o que levaria a colher depoimento que nada mais seria que a assertiva da parte com força de testemunho. Nada obsta, contudo, que o advogado, por si e não por ouvir dizer de seu constituinte, preste depoimento em juízo a respeito de fatos que ele próprio presenciou*" (RSTJ 83/258 e STJ-RJ 223/52). " *Não pode escusar-se de depor o advogado que é chamado a fazê-lo não na qualidade de profissional, porém na de sócio de firma interessada no litígio*". (RT 653/115). NEGRÃO, Theotonio, op. cit. nota ao artigo 405.

¹²⁵¹ O dispositivo que trata do assunto é o artigo 407, que recentemente foi alterado pela lei nº 10.358/01, pela redação anterior incumbia à parte, 5 (cinco) dias antes da audiência, depositar 'em cartório' o rol de testemunhas, precisando-lhes o nome, a profissão e a residência. A redação atual diz: " *Incumbe às partes, no prazo que o fixará ao designar a data da audiência, depositar em cartório o rol de testemunhas, precisando-lhes o nome, profissão, residência e o local de trabalho; omitindo-se o juiz, o rol será apresentado até 10 (dez) dias antes da audiência*".

entendemos que não pode a parte que o apresentou no protocolo de recebimento de petições no prazo legal, ou estipulado pelo juiz, ser prejudicada pela demora nos serviços judiciários. Embora entendamos desta forma, o Superior Tribunal de Justiça manda que o rol deve estar ‘em cartório’ no prazo estipulado: *cinco dias* antes da audiência (antes do advento da lei nº 10.358/01), e, agora, no prazo estipulado pelo juiz, ou, se este se omitir, em dez dias.¹²⁵² É bom ter em conta que a nova lei não modificou a exigência da apresentação em cartório, devendo, além disso, conter a qualificação das testemunhas, mas a não observância desta exigência não constitui motivo suficiente para a decretação de nulidade, pois representa mera irregularidade.

O que foi dito aplica-se aos processos regidos pelo procedimento ordinário, ou outros, que, como os guiados pelo rito especial do Livro IV do CPC, após a contestação seguem o ordinário, bem como o cautelar. Se, entretanto, o procedimento a ser observado for o sumário, o rol deve vir consignado já na petição inicial (sendo autora a parte, artigo 276), e na defesa (sendo ré a parte artigo 278).¹²⁵³ Nos juizados o requerimento para intimação das testemunhas deve ser apresentado à secretaria do juízo, no mínimo, cinco dias antes da audiência de instrução e julgamento (§ 1º do artigo 34, lei 9099/95). O prazo para a apresentação do rol é preclusivo, o que significa que se a parte o deixar escoar sem praticar o ato perderá o direito de fazê-lo.

O número máximo de testemunhas é limitado em conformidade com o tipo de procedimento, assim: no *procedimento dos juizados* - cada parte pode arrolar até o máximo de três testemunhas, que devem comparecer à audiência de instrução e julgamento levadas pela parte que as arrolou, independentemente de intimação, ou mediante esta, se assim for requerido (artigo 34 da lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995); no *ordinário* - é lícito a cada parte oferecer, no máximo, dez testemunhas, podendo o juiz limitá-las ao número de três para a prova de cada fato, dispensando as restantes (p. ún, 407); no *sumário* - não há

¹²⁵² Sobre a posição do Superior Tribunal de Justiça em exigir a apresentação do rol em cartório veja-se NEGRÃO, Theotonio, op. cit. notas nº 07 e 08, artigo 407.

¹²⁵³ A este respeito ficou estabelecido por aprovação unânime no 6º Encontro de Tribunais de Alçada, realizado em julho de 1983 (ENTA), que: “*Nas causas sob procedimento sumaríssimo, há preclusão se o autor não arrola suas testemunhas quando do ajuizamento da causa*”. NEGRÃO, Theotonio, op. cit. nota nº 04, artigo 276. Cabe o registro de que mesmo referindo-se ao rito *sumaríssimo*, este preceito é aplicável ao procedimento sumário, tanto que também em NERY JÚNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria, op. cit. p. 765, encontra-se a mesma referência feita por Negrão.

previsão legal, por esse motivo deve-se aplicar analogicamente a mesma limitação existente para o ordinário; nos embargos à execução fiscal o executado-embargante deverá alegar toda matéria útil à defesa, requerendo provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas, até três ou, a critério do juiz, até o dobro desse limite (§ 2º do artigo 16 da lei nº 6.830/80),¹²⁵⁴ as testemunhas referidas, ou seja, aquelas que foram mencionadas pelas parte ou pelas outras testemunhas arroladas, não são computadas para efeito de restrição ao número máximo admitido, isto é, podem ser ouvidas mesmo que se extrapole o limite legal (artigo 418).

Problema não raro nos meios forenses é o da recusa ao comparecimento pelas testemunhas arroladas e devidamente intimadas: se isso acontecer nos feitos que tramitam nos juizados, diz o § 2º do artigo 34 da mesma lei extravagante que se a testemunha, apesar de intimada, não comparecer o juiz poderá determinar sua imediata condução, valendo-se, se necessário, do concurso da força pública: se isso se verificar em processo regido pelo ordinário ou sumário, também pode o juiz determinar a condução coercitiva (sob vara), dès que a testemunha deixe de comparecer, sem motivo justificado (artigo 412). Mas se a ausência for de testemunha que a parte se comprometeu a levá-la independentemente de intimação restará presumido que a parte desistiu de seu depoimento (412, § 1º). Às partes é permitido substituir testemunhas já arroladas, mas o artigo 408 só admite esta manobra em três casos: falecimento; enfermidade que impeça a testemunha de depor; se a testemunha não for encontrada pelo oficial de justiça em razão de mudança de residência.

Questão inusitada é o arrolamento do juiz da causa para depor como testemunha. Esta possibilidade vem prevista pelo artigo 409, que permite sim que o juiz possa ser arrolado como testemunha, mas, ao mesmo tempo, explica que o juiz tem o dever de: declarar-se impedido, se tiver conhecimento de fatos que possam influir na decisão, caso em que será defeso à parte, que o incluiu no rol, desistir de seu depoimento; se nada souber, mandará excluir o seu nome. A previsão de quebra da imparcialidade do juiz arrolado como testemunha é corroborada pelo artigo 134. Conclui-se, portanto, que não é permitido ao juiz que depõe como testemunha em processo por ele presidido, continuar a atuar.

¹²⁵⁴ Sobre a problemática do número de testemunhas no sumário vide capítulo 13, item 5.1.

Enfim, quanto ao momento da produção da prova testemunhal, ratifique-se que, enquanto regra, deve-se verificar na audiência de instrução e julgamento, mas, por exceção, pode haver colheita antecipada nos próprios autos (parágrafo único do artigo 336) ou através de cautelar de produção antecipada de provas (artigo 846), ou ainda por meio de cartas processuais (artigo 410). Sendo os depoimentos das testemunhas colhidos em audiência deve-se ouvir primeiro as do autor, depois as do réu (artigo 413), com a cautela de que uma não ouça ao depoimento das outras. Daí a vantagem de a ouvida ocorrer no mesmo dia, pois do contrário pode uma das partes tirar proveito na instrução das testemunhas.

As testemunhas podem ser contraditadas nos casos de incapacidade, impedimento e suspeição (artigo 405). A contradita só pode ocorrer antes do início do depoimento (artigo 414), sob pena de preclusão.¹²⁵⁵ O Superior Tribunal de Justiça já entendeu que a juntada de documento de pessoa conhecida de uma das partes em momento posterior à tomada de depoimento de testemunha, no qual se afirmava vinculação da depoente com um dos contendores, não constitui fato superveniente a ser considerado pelo juiz. Segundo este tribunal o momento estabelecido pelo artigo 414 do CPC é preclusivo.¹²⁵⁶ Ocorrendo a contradita, pode ser que: 01- a testemunha reconheça a imputação de suspeição, imparcialidade ou incapacidade, caso em que o juiz a dispensará, ou lhe tomará o depoimento, mas sem a prestação do compromisso, atribuindo-lhe o valor que possa merecer; 02- a testemunha não reconheça as imputações feitas contra a sua pessoa, caso em que incumbe à parte que argüiu a contradita provar o motivo justificador da recusa. Neste último caso, o juiz deve dar início a um incidente processual destinado à comprovação do motivo determinante da alegação. Para tanto, admite-se a produção de

¹²⁵⁵ “Iniciado este (o depoimento) estará preclusa a faculdade de contraditar a testemunha”. NERY JÚNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria, op. cit. p. 882.

¹²⁵⁶ “Investigação de paternidade. Suspeição de testemunhas por haverem mantido contato com o advogado do réu durante a audiência. Contradita acolhida. Intento de aplicar-se o disposto no art.405, par. 4. Do CPC. Preclusão. Documento novo. Fato superveniente. 1. A inquirição de testemunha tida como suspeita condiciona-se à consideração de ser a prova estritamente necessária à formação da convicção do julgador. Ocorrência, ademais, da preclusão, a falta de oportuna impugnação a respeito pelo litigante nela interessado. 2. Não constitui fato superveniente a ser levado em conta pelo juiz a juntada de simples declaração unilateral firmada por pessoa conhecida do réu. Recurso Especial não conhecido”. Relator: Ministro Barros Monteiro. Rip:00022694. Decisão:22.08.1995. Processo: Resp. Num: 0051714. Ano: 94 UF:MG. Turma: 04. Recurso Especial. Fonte: DJ - data: 02.10.1995 - pg:32372.

prova testemunhal (até três testemunhas) e documental. A parte que pretender oferecer contradita deve apresentar as suas testemunhas na própria audiência de instrução e julgamento.¹²⁵⁷ Comprovado o motivo alegado, o juiz dispensará a testemunha, ou lhe tomará o depoimento, observando o disposto no art. 405, § 4º.

Pode ser que a parte que argüiu a contradita tenha imputado à testemunha um determinado motivo, mas que não fora comprovado a contento, caso em que deve ser rejeitada a contradita. Mas, pode ser que o juiz constate que apesar de não ser procedente a motivação apontada, por exemplo, um eventual impedimento não provado, é possível que a testemunha seja suspeita. Pois bem, será que o juiz estaria adstrito ao princípio da demanda? Será que havendo alegação baseada num motivo e comprovado outro, pode ser aceita a contradita? Pensamos que sim, pois o que o código visou preservar foi a imparcialidade da testemunha e o apego excessivo à forma pode redundar em injustiça.

Apesar de o código de processo civil não haver exigido o juramento, a testemunha tem o dever de dizer a verdade sobre os fatos que lhe forem indagados (artigo 415). Se mentir, duas situações podem ocorrer: 01- se não tiver prestado o compromisso, não há crime; 02- se tiver prestado o compromisso, incorrerá em crime de falso testemunho, cuja pena varia de acordo com a espécie de processo no qual o crime se consumou: se o crime é cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal a pena é de reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa; se o objetivo for a obtenção de prova para ser usada em processo civil ou administrativo, a pena é de reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. Apesar de o CP haver prescrito que estas penas aumentam-se de um terço, se o crime for praticado mediante suborno, ao mesmo tempo, imoral e absurdamente, o parágrafo terceiro do artigo 342 (do CP) ressaltou que o fato deixa de ser punível, se, antes da sentença, o agente se retrata ou declara a verdade. Isto se constitui num excelente incentivo à má-fé processual, pois a pretexto de incentivar a descoberta da verdade pelo arrependimento de quem depôs mentirosamente, o que fez a lei foi incentivar a mentira processual.

¹²⁵⁷ “A prova a que se refere o CPC 414 § 1º deve ser apresentada na própria audiência em que a testemunha depõe”. NERY JÚNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria, op. cit. p. 883.

Quando houver divergência nos depoimentos prestados em juízo, pode o juiz determinar a **acareação**: 01- de duas ou mais testemunhas; 02- de testemunhas e de partes, é o que diz o inciso II do artigo 418. Mas nada impede que o juiz determine também a acareação entre partes e entre litisconsortes. Não se trata de dever e sim de faculdade judicial.

Como o depoimento prestado em juízo é considerado serviço público, a testemunha tem direito subjetivo de requerer ao juiz o pagamento da despesa que efetuou para comparecimento à audiência, devendo a parte pagá-la logo que arbitrada, ou depositá-la em cartório dentro de 3 (três) dias. Por conta disso, a testemunha, quando sujeita ao regime da legislação trabalhista, não sofre, por comparecer à audiência, perda de salário nem desconto no tempo de serviço.

14. Da prova pericial.

A perícia é um meio de prova consistente em: exames, vistorias ou avaliações, representando uma espécie de integração da capacidade técnica do juiz.¹²⁵⁸ Segundo Amaral Santos “...a perícia consiste no meio pelo qual, no processo, pessoas entendidas verificam fatos interessantes à causa, transmitindo ao juiz o respectivo parecer”.¹²⁵⁹ Exame – é a inspeção feita por perito sobre pessoas ou coisas móveis ou semoventes para verificação de fatos relevantes à causa. Vistoria – é a inspeção referente a imóveis. E a avaliação – visa a determinação de valores em moeda de coisas, direitos e obrigações.

De acordo com o CPC o perito é um dos auxiliares do juiz, ao lado do escrivão, do oficial de justiça, do depositário, do administrador e do intérprete, cujas atribuições são determinadas pelas normas de organização judiciária e pelo próprio código de processo. Mas a despeito da nossa dogmática processual civil, o perito também é considerado como

¹²⁵⁸ AUGENTI, Giacomo P. *Apêndice à obra de Carnelutti: A prova civil*, p. 283.

¹²⁵⁹ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. p. 472.

um personagem processual intermediário entre o juiz e a testemunha.¹²⁶⁰ Certo é que a prova pericial só deve ocorrer quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico (artigo 145) e que os peritos devem ser escolhidos entre profissionais de nível universitário, devidamente inscritos no órgão de classe competente, mediante a comprovação da sua especialidade na matéria sobre que deverão opinar, mediante certidão do órgão profissional em que estiverem inscritos. Dentre os deveres do perito (artigo 146) estão o de cumprir o ofício, no prazo que o juiz lhe assinar, bem como empregar toda a sua diligência na produção da prova. Na verdade o artigo 422 diz que ele deve cumprir *escrupulosamente* o encargo que lhe foi cometido, mas, ao mesmo tempo, confere-lhe o direito à recusa do encargo – (146 e 422) desde que alegue motivo legítimo. Para se escusar deve o perito apresentar dentro de cinco dias, contados da intimação ou do impedimento superveniente, sob pena de se reputar renunciado o direito a alegá-la (Art.423).

Sobre os peritos recaem os impedimentos e suspeições incidentes sobre a pessoa do juiz (artigo 138, III). A parcialidade do perito deve ser argüida na primeira oportunidade em que a parte tiver para falar nos autos. Este procedimento tem natureza jurídica de incidente processual, desafiando o recurso de agravo. A lei nº 8.455, de 24.8.1992 suprimiu a possibilidade de argüição de impedimento ou suspeição do assistente técnico. Uma vez constatado o dolo ou a culpa do perito, o mesmo responderá pelos prejuízos que causar à parte e ainda ficará inabilitado, por 2 (dois) anos, de funcionar em outras perícias, sem prejuízo de incorrer na sanção penal que a lei estabelecer.¹²⁶¹ Os peritos podem ser substituídos quando carecerem de conhecimento técnico ou científico, ou se deixar de cumprir o encargo no prazo que lhe foi assinado sem motivo legítimo (artigo 424).

A prova pericial tem cabimento tanto no procedimento ordinário quanto no sumário – 276 e 278, e nos juizados. Nestes, há previsão legal para realização da prova pericial, admitindo-se que o juiz possa inquirir técnicos de sua confiança, permitida às partes a apresentação de parecer técnico (artigo 35 da lei 9.099/95). Trata-se de perícia

¹²⁶⁰ “Nesta matéria da dedução, a diferença entre perito e testemunha é, no fundo, análoga a que já encontramos a propósito da percepção (*supra*, nº 17, pp. 104 ss) e é um corolário da diferença que medeia entre a testemunha e o próprio juiz, aspecto que foi bem entendido por aquela parte da doutrina italiana que vê no perito um tipo intermédio entre os dois termos”. CARNELUTTI, Francesco, *op. cit.* p. 114.

¹²⁶¹ Incorre no mesmo tipo do falso testemunho, artigo 342 do CP.

regida pelo princípio do informalismo, que, aliás, já era prevista pelo próprio CPC, que ainda admite sempre que *a natureza do fato o permitir*. Tal consiste *apenas na inquirição pelo juiz do perito e dos assistentes, por ocasião da audiência de instrução e julgamento a respeito das coisas que houverem informalmente examinado ou avaliado* (§ 2º do artigo 421).

Os peritos atuam emitindo laudo técnico, mas é lícito às partes formularem quesitos. Estes podem ser: 01 – iniciais, ou seja, aqueles que devem ser apresentados: no rito ordinário, em 5 (cinco) dias, contados da intimação do despacho de nomeação do perito; e no sumário, quando da apresentação da petição inicial e da contestação (421, § 1º, II); 02- suplementares, quando apresentados durante a diligência (425); 03- elucidativos, os destinados à prestação de esclarecimentos do perito e do assistente técnico após a realização perícia. Estes últimos quesitos devem ser requeridos ao juiz e respondidos em audiência de instrução e julgamento nos termos do artigo 435, e só podem versar sobre dúvidas decorrentes do laudo técnico, não envolvendo fatos novos.

A perícia pode ser dispensada pelo juiz quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem sobre as questões de fato pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes. E sempre que a perícia deva incidir sobre objeto situado fora dos limites territoriais da comarca do juiz da causa, a mesma pode ser praticada por carta processual (200, 202, § 1º e § 2º e 428), podendo o procedimento de nomeação do perito ocorrer no juízo onde a carta deva ser cumprida.

O juiz pode determinar nova perícia – regida pelas disposições estabelecidas para a primeira - quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida, com o escopo de efetuar correção de omissão ou inexatidão, e que terá por objeto os mesmos fatos sobre que recaiu a primeira e destinando-se a corrigir eventual omissão ou inexatidão dos resultados a que esta conduziu. A perícia posterior não substitui a anterior, cabendo ao juiz apreciar livremente o valor de uma e outra.

O perito constitui *laudo* e os assistentes técnicos *pareceres*, mas o juiz os apreciará livremente (436 e 131). O laudo deve ser apresentado em cartório, pelo menos 20

dias antes da audiência e, após a vigência da lei nº 10.444/02, que alterou o parágrafo único do artigo 433, os assistentes técnicos podem oferecer os seus pareceres no prazo comum de 10 (dez) dias, após intimadas as partes da apresentação do laudo. Antes desta lei a situação das partes era injusta, pois os assistentes técnicos tinham de apresentar os pareceres no prazo de dez dias, mas independentemente de intimação. Outras duas alterações recentes promovidas pela lei nº 10.358, referiram-se: 01- ao direito de ciência das partes acerca da data e local designados pelo juiz ou indicados pelo perito para ter início a produção da prova (artigo 431-A); 02- à possibilidade de nomeação de mais de um perito sempre que se tratar de perícia complexa, que abranja mais de uma área de conhecimento especializado. Neste caso o juiz poderá nomear mais de um perito e a parte indicar mais de um assistente técnico.

Os peritos podem colher depoimentos de testemunhas e a validade dessa prova testemunhal é relativizada pela jurisprudência, pois devem ser reproduzidos em juízo: *"O perito não pode ser transformado em um pesquisador de prova testemunhal"* (RT 484/92). Por isso mesmo entendendo-se que, neste caso, para valer o testemunho colhido pelo perito, o mesmo precisa ser reproduzido em juízo (RP 43/289, à p. 290).

O trabalho dos peritos é remunerado, cabendo à parte que requereu a perícia antecipar-lhes o pagamento (artigo 19). Quando a perícia for determinada pelo juiz ou requerida pelo MP – atuando como fiscal da lei -, compete ao autor adiantar as despesas (§ 2º, artigo 19). Quando a perícia e demais despesas competir ao MP ou à Fazenda Pública, pelo artigo 27, devem ser pagas ao final pelo vencido. Todavia, a jurisprudência vem entendendo acertadamente que este artigo fere o princípio da isonomia.¹²⁶² E a uniformização jurisprudencial sobre este tema veio com a edição da súmula 232 do STJ: "A

¹²⁶² Conforme Theotonio Negrão, o privilégio concedido pelo art. 27 à Fazenda Pública é incompatível com o disposto na CF 5º-"caput" (RJTJESP 134/320, maioria). Além disso, o STJ vem corroborando esta corrente, *verbis*: *"As despesas dos atos processuais, inclusive realização de perícia, devem ser antecipadas pela parte que as requereu, seja ela particular ou órgão público"* (STJ-2ª Turma, REsp 73.610-DF, rel. Min. Peçanha Martins, j. 10.10.96, não conheceram, v.u., DJU 9.12.96, p. 49.243). No mesmo sentido: *"A União, quando parte, cumpre promover o recolhimento antecipado de verba suficiente a prover os meios materiais necessários à realização de perícia por ela requerida, sob risco de, assim não procedendo, deixar de desincumbir-se do ônus probatório que lhe caiba"* (STJ-RT 726/186). NEGRÃO, Theotonio, op. cit. nota ao artigo 27.

Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita ao depósito prévio dos honorários do perito".

15. Da inspeção judicial.

Trata-se de atividade inteiramente discricionária do juiz, que neste ato pode ser assistido por mais de um perito, se quiser. Incide sobre pessoas e coisas móveis e imóveis, podendo ser determinada de ofício ou requerida pelas partes. Tem cabimento quando o juiz entender necessário uma melhor verificação ou interpretação dos fatos, ou quando a coisa não puder ser apresentada em juízo, sem consideráveis despesas ou graves dificuldades, e ainda quando for determinada a reconstituição dos fatos (artigo 442). As partes podem intervir fazendo perguntas e prestar esclarecimentos. Encerra-se com a lavratura de auto circunstanciado.

CAPÍTULO 15

DA SENTENÇA E DA COISA JULGADA (458-475)

1. Conceito e requisitos da sentença.

Julgamento pelo segundo grau sem apreciação do mérito na primeira instância.

O conceito de sentença vem descrito no artigo 162 do CPC: é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa. Apesar da referência legal a *processo*, a bem da verdade a sentença extingue mesmo é o procedimento no primeiro grau de jurisdição.¹²⁶³ O CPC utiliza a expressão sentença em algumas oportunidades para designar tanto a decisão monocrática de primeiro grau quanto a colegiada de segunda instância, p. ex., o artigo 485, quando trata da ação rescisória escreve sentença, mas abrange também o acórdão. Contudo, a recíproca não é verdadeira, pois o artigo 163 definiu o acórdão como sendo o julgamento (colegiado) proferido pelos tribunais, de modo que é inapropriado denominar-se de acórdão uma decisão judicial do primeiro grau de jurisdição. Em resumo: tecnicamente falando, a expressão sentença designa as decisões dos juízes que extinguem procedimentos; e a expressão acórdão designa as decisões proferidas pelos tribunais, ainda que interlocutórias.¹²⁶⁴ Ao prolatar sentenças o juiz deve guiar-se pelo

¹²⁶³ PINTO, Tereza Arruda Alvim. *Nulidades da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 7.

¹²⁶⁴ “Acórdão é a decisão colegiada de Tribunal, que pode ter como conteúdo o de uma sentença (de mérito ou não), ou o de uma decisão interlocutória”. Ibidem.

princípio da '*jura novit curia*' e '*da mihi factum, dabo tibi jus*', que, albergado no artigo 282 do CPC, significa que a qualificação jurídica dada aos fatos narrados pelo autor não é essencial para o sucesso da ação. Tanto que o juiz pode conferir aos fatos qualificação jurídica diversa da atribuída pelo autor.¹²⁶⁵

As sentenças classificam-se em terminativas e definitivas. São terminativas aquelas que extinguem o procedimento sem apreciação do mérito, ou seja, sem se adentrar no exame da lide, são por isso consideradas como sentenças processuais.¹²⁶⁶ Já as definitivas adentram no mérito. Daí decorrem algumas consequências processuais: as sentenças terminativas apenas fazem coisa julgada formal, pois sua eficácia queda-se limitada a questões processuais; as sentenças definitivas, ao contrário, além de produzirem efeitos processuais vão mais além, ou seja, além de produzirem coisa julgada formal também acarretam a coisa julgada material.

As sentenças devem conter alguns requisitos considerados como obrigatórios pela lei processual. Eles estão a depender, todavia, da espécie de sentença: são ***requisitos obrigatórios da sentença de mérito***: I - o *relatório*, que consiste num resumo do processo e deve conter os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - a *fundamentação*, ou seja, a subsunção da espécie concreta à norma abstrata, trata-se de um enquadramento da lide deduzida em juízo face o ordenamento (será aqui onde o juiz analisará as questões de fato e de direito); III - o *dispositivo*, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem, isto é, onde o juiz efetivamente decide o processo. É aqui que se declara a procedência ou não do *pedido*.¹²⁶⁷ uma vez procedente o juiz deve: 01- condenar o réu nas questões materiais suscitadas, ou seja, nas verbas materiais, bem

¹²⁶⁵ RSTJ 111/139.

¹²⁶⁶ A doutrina taxonomiza ainda as sentenças processuais em típicas e atípicas. Neste sentido Tereza Arruda Alvim afirma que o que determina se a sentença processual é típica ou atípica é o somatório do momento da prolação da decisão com o grau de imediatidade de aferição do seu conteúdo: "*Como ficou estabelecido, segundo pensamos, o momento da prolação de uma decisão não tem o condão, por si só, de determinar a sua natureza. Mas acreditamos que esse critério, somado ao grau de imediatidade de aferição do conteúdo da decisão, são os que podem indicar ser uma sentença de mérito ou processual*". PINTO, Tereza Arruda Alvim, op. cit. p. 25.

¹²⁶⁷ Não se deve confundir a procedência do pedido com a da ação, pois esta apenas acarreta o exame do mérito pelo juiz, de modo que é possível haver a procedência da ação com a improcedência do pedido, posto que este designa o objeto do processo, aqui considerado meramente no sentido material.

como nas questões processuais, isto é, nas verbas sucumbenciais. Aquelas, por se relacionarem com o direito material, são chamadas de verbas diretas. Estas, por se relacionarem com o direito processual, são nominadas de verbas indiretas; mas, uma vez improcedente o pedido, o juiz apenas condena o autor ao pagamento dessas verbas indiretas;¹²⁶⁸ **são requisitos indispensáveis da sentença terminativa** – diz a lei que nos *casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o juiz decidirá em forma concisa*. O significado de sentença concisa representa que deve o suficiente à sua conformação como ato decisório final.¹²⁶⁹ A sentença pode ser concisa (RT 625/180), mas deve "*ao menos conter os nomes das partes e os fundamentos*" (RJTJESP 36/116), bem como o dispositivo; **nos juizados especiais cíveis** as sentenças, quer se enquadrem no conceito de meritorias quer de processuais, dispensam o relatório, conforme dispõe a lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, em seu artigo 38: *A sentença mencionará os elementos de convicção do juiz, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório*.

Observe-se que a ementa não constitui pressuposto indispensável da sentença, todavia, se se tratar de acórdão deve o mesmo, indispensavelmente, conter ementa (artigo 563). A falta de qualquer desses requisitos acarreta a consequência processual da nulidade da sentença, não a sua reforma. Diz-se reformada a sentença quando o tribunal aprecia o mérito da causa, quando o juiz não cometeu nenhum *error in procedendo*. Diz-se anulada a sentença quando o tribunal não ingressa no mérito da demanda porque houve alguma falha quanto aos pressupostos processuais e condições da ação. No primeiro caso o próprio tribunal emite julgamento substitutivo daquele do primeiro grau. No segundo isso não é possível porque se assim procedesse o tribunal estaria a suprimir uma instância. Entretanto, com a vigência da lei nº 10.352/01, que alterou o artigo 515, acrescentando-lhe o parágrafo terceiro, os tribunais podem agora adentrar no mérito da causa quando o processo tiver sido extinto sem julgamento do mérito e a causa versar sobre questão exclusivamente de direito e estiver em pronta condição para julgamento. A doutrina tem se manifestado no sentido da constitucionalidade deste novel dispositivo, tendo Francisco Queiroz anotado que a regra

¹²⁶⁸ Excluída, obviamente, a hipótese de reconvenção e de pedido contraposto.

¹²⁶⁹ "*A sentença que encerra o processo sem julgamento do mérito deverá conter o suficiente à sua conformação como ato decisório final*", (SIMP-concl. XXXVII, em RT 482/271, v. RT 505/113, 616/99, RJTJESP 45/175, JTA 40/168).

atende ao princípio da eficiência, além de que o acesso aos tribunais continuará aberto para os tribunais superiores através dos recursos Extraordinário e Especial.¹²⁷⁰

2. Sentenças líquidas e ilíquidas.

O problema das verbas indiretas após o advento da lei nº 10.358/01.

As sentenças podem ser líquidas e ilíquidas. No sistema do código de processo civil as segundas são admissíveis, desde que o autor não tenha formulado pedido certo (artigo 459). Em princípio o CPC disse que o pedido deve ser certo, mas excepcionou para admitir o pedido genérico quando: I - se tratar de ações universais, se não puder o autor individuar na petição os bens demandados; II - quando não for possível determinar, de modo definitivo, as consequências do ato ou do fato ilícito; III - quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu. Nos juizados

¹²⁷⁰ “Radical foi a mudança introduzida pelo Parágrafo 3º.: § 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 julgamento. Observe-se que em nome do princípio da economia processual e da eficiência flexionou-se a regra do duplo grau, sem qualquer prejuízo para as partes. Estabeleceram-se alguns requisitos: 1.Tratar-se de questão exclusivamente de direito, ou seja, a discussão entre as partes não envolver matéria de fato, ou, naquelas hipóteses de questões de fato e de direito, a controvérsia for apenas quanto ao direito. 2.Não se tratar de hipótese de extinção de processo sem julgamento de mérito como a de indeferimento da inicial, não estando o processo pronto para julgamento. Essa modificação, que, representa, o ressurgimento de algo já previsto nas Ordenações Filipinas, Livro III, tit.L⁽¹⁰⁾XVIII, princ., quando, segundo BARBOSA MOREIRA, se rejeitava a hipótese de “duas apelações numa mesma relação processual, numa mesma causa e numa mesma instância”. Por certo, tal previsão será objeto de profundas críticas pelos processualistas mais ortodoxos, por aqueles que, por vezes, esquecem o fim do processo, sua natureza instrumental e passam a hiper valorizar o meio. A experiência mostra repetidamente, que em inúmeros casos, nos quais um tribunal já tem sobre o mérito jurisprudência mansa e pacífica e o juiz após regular instrução extingue o processo sem julgamento de mérito. Com a apelação, cujo julgamento leva, em regra mais de um ano, em visão otimista, ter-se-ia a devolução do processo ao julgador de primeiro grau, para apreciar a matéria, que voltaria, em seguida ao tribunal, pra julgamento de nova apelação cujo resultado já se antevia, com evidente atraso na prestação jurisdicional. A alteração é salutar, sacrifica o purismo de alguns, mas, atende ao princípio da eficiência que se busca e à instrumentalidade do processo. Não se pode alegar inconstitucionalidade do novo dispositivo, pois, os limites da apreciação recursal são estabelecidos por normas legais e não constitucionais. Além disso, o acesso aos tribunais superiores (STF e STJ) continuará aberto com a utilização dos recursos extraordinário e especial”. BEZERRA CAVALCANTI, Francisco de Queiroz. Inovações no processo civil em matéria recursal. Considerações sobre a Lei nº 10.352/01. www.jusnavegandi.

especiais cíveis as sentenças ilíquidas são vedadas pelo parágrafo único do artigo 38, não admite sentença condenatória por quantia ilíquida, ainda que o pedido seja genérico. Não se interprete, porém, que a omissão da petição inicial em relação aos juros e correção monetária enquadrar-se-ia no conceito de pedido genérico, ao contrário tal omissão é irrelevante.

As verbas indiretas são reguladas: pelo artigo 20 do CPC, incluindo: 01- **as despesas**, que abrangem não só as custas dos atos do processo, como também a indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do assistente técnico (**Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973**); 02- **os honorários advocatícios**, que serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, salvo nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável e naquelas onde não houver condenação, pois nestes casos os honorários advocatícios devem ser arbitrados por apreciação equitativa do juiz, apenas nestes casos. Sendo condenada a Fazenda Pública ou o Ministério Público, em razão do princípio da isonomia processual, devem ser condenados. Os honorários advocatícios devem ser arbitrados em consideração ao grau de dificuldade da causa e ao zelo profissional do representante postulacional do autor, mas, jamais, em atenção à pessoa da Fazenda Pública ou Ministério Público, como quer o parágrafo 4º do artigo 20. Esta norma contrapõe-se à prescrição constitucional que alberga o princípio da isonomia, sendo, portanto, inconstitucional, consoante entendimento pretoriano do 1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo (RT 576/146);¹²⁷¹ 03- pelos artigos 14, 17 e 18, que impõem penalidades pela litigância de má-fé: a)- 20% sobre o valor da causa a título de multa revertida em favor da Fazenda Pública, para a hipótese de a parte não atender a provimento mandamental, antecipatório ou final (artigo 14); b)- esta multa cumula-se com a do artigo 18, que manda aplicar 01% sobre o valor da causa, quando se verificar qualquer das hipóteses do artigo 17; c)- ainda manda o artigo 18 que o litigante de má-fé indenize a parte adversa pelos prejuízos sofridos em até 20% sobre o

¹²⁷¹ No mesmo sentido, Nelson Nery Júnior, comentando o aresto supra, ensina que a “... fixação de honorários equitativamente não significa, modicamente, de modo que se julgou correto o percentual de 20% sobre a condenação, como sendo de responsabilidade da Fazenda Pública relativamente aos honorários de advogado”. NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*, p. 50-51.

valor da causa, sem prejuízo do pagamento das demais despesas e dos honorários advocatícios.

3. Sentenças *extra*, *ultra* e *citra petita*: pela possibilidade de reforma e não de nulidade (lei nº 10.352/01).

As sentenças são também nominadas de: *extra petita*, ou seja, quando decide algo diferente do que foi pedido, é nula; *ultra petita*, decide a maior, deve ser reformada para menor. *infra ou citra petita*, decide a menor do que foi requerido na petição inicial. Em relação a esta última espécie os tribunais vinham se manifestando pela sua nulidade, sob a alegação da não prestação jurisdicional integral.¹²⁷² Ocorre que não faz mais qualquer sentido manter-se este entendimento, que, *data venia*, é de uma ineficiência desmedida, ante o preceituado no parágrafo terceiro do artigo 515 do CPC. Ora, diz a nova regra que sempre que o processo tiver sido extinto sem julgamento do mérito, mas havendo apelação e tendo o tribunal verificado que a sentença deve ser anulada, e ainda estando o feito pronto para julgamento, deve o tribunal proferi-lo imediatamente. Não há mais necessidade de se fazer retornar os autos ao primeiro grau. Pois bem, se quem pode o mais pode o menos, também em relação aos casos de sentenças nulas (*extra e citra petita*) os tribunais podem sim proferir julgamento imediato: concedendo o objeto correto (*extra petita*); ou concedendo o que o juiz omitiu-se em conceder (*citra petita*). Se no caso previsto no artigo 515, § 3º, o juiz de primeira instância sequer examinou a questão de mérito e mesmo assim, os tribunais podem enfrentá-la, por que também não lhes é lícito, posto que é lógico,

¹²⁷² O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, já considerou que é nula uma tal sentença, pois nela não há prestação da jurisdição integral. RIP:00021018 - Decisão:27.10.1992 - - Processo:RESP - Num:0026423 - Ano:92 UF:SP Turma:03 - Recurso Especial - Fonte: DJ - Data:30.11.1992 Pg:22612 - Ementa: “Processual civil - Cumulação de pedidos sucessivos (pedido principal e pedido subsidiário ou sucessivo) - Sentença “*citra petita*”. I - caracteriza sentença *citra petita*, por isso nula, a rejeição do pedido principal sem, contudo, apreciar o subsidiário ou sucessivo, pelo que, neste caso, o julgado não esgotou a prestação jurisdicional, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o último. Trata-se, como se colhe da doutrina, de pedidos formulados para a eventualidade de rejeição de um dentre eles (o principal ou o subsidiário). Exegese da regra do artigo 289 do estatuto processual.III - Recurso não conhecido. Relator: Ministro Waldemar Zveiter”.

complementar ou adequar sentenças que enfrentaram o mérito de modo incompleto ou inadequado? Admitir a primeira hipótese e rejeitar a segunda consiste em reprovável ilogicismo processual.

O abrandamento do rigor sobre as sentenças omissivas vem crescendo, pois a omissão da sentença em relação aos honorários do perito pode ser sanada até mesmo em fase de execução. O mesmo se aplica em relação às custas e despesas. Quanto aos honorários advocatícios o TJRS entende que a segunda instância pode concedê-los, se omissa a sentença, embora o TJDF diga que isso tem de ser questionado em embargos declaratórios sob pena de preclusão.¹²⁷³ Sentença que condena o réu ao pagamento de prestações vincendas – segundo o artigo 290, não há nulidade porque quando a obrigação consistir em prestações periódicas, considerar-se-ão elas incluídas no pedido, independentemente de declaração expressa do autor; se o devedor, no curso do processo, deixar de pagá-las ou de consigná-las, a sentença as incluirá na condenação, enquanto durar a obrigação.

4. Sentenças condicionais e a hipoteca judiciária.

Discute-se se a sentença pode ser condicional. Segundo o artigo 460, parágrafo único, a sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional. Mas, o artigo 572 diz que: *Quando o juiz decidir relação jurídica sujeita a condição ou termo, o credor não poderá executar a sentença sem provar que se realizou a condição ou que ocorreu o termo.* Não resta dúvida que pode haver sentenças condicionais, desde que se trate de condição suspensiva, como fica claro no artigo 572. Não teria sentido o código admitir execução de sentença condicional e, ao mesmo tempo, vedá-la. A solução para o

¹²⁷³ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios -- APC - apelação cível -- número: 0014461 ano: 85 UF:DF - Distrito Federal -- Reg.int.proces.: 39.847 apc0014461 -- Decisão: 25.03.87 órgão julg.: 62 - segunda turma cível -- relator: Desembargador Valtenio Mendes Cardoso publicação: DJDF data: 15.05.87 pág.: 9.160.

problema passa pela admissão de que a sentença não perde a sua certeza jurídica simplesmente porque impôs condição suspensiva.

O mesmo acontece com o chamamento ao processo, onde a mesma sentença que condena os réus (litisconsortes passivos facultativos) servirá de título executivo para aquele que pagar em face do(s) chamado(s) co-devedor(es), economizando-se, portanto, a ação regressiva indenizatória posterior.¹²⁷⁴ Porém, na hipótese de o fiador ser demandado e *chamar ao processo* (artigo 77) o devedor principal, a sentença será condicional porque duas situações podem ocorrer: na primeira, se o fiador pagar a dívida ele poderá fazer uso da mesma sentença que o condenou para, agora, nos mesmos autos, executar o devedor principal; na segunda, todavia, verificar-se-á o caráter condicional da sentença, posto que se quem pagar for o devedor principal, este nada terá em face do fiador, logo, nada haverá para ser executado, pois nítida é a desobrigação do fiador à medida que o credor (autor) já fora satisfeito. É por isso que se diz que a sentença no chamamento ao processo contém, na verdade, duas, ou seja, dois comandos de modo que nem sempre o cumprimento do primeiro importa em direito à execução do segundo, pois no exemplo supra o segundo comando sentencial perde o seu objeto.¹²⁷⁵

Sentença condenatória e a hipoteca judiciária (466) – tanto faz que se trate de sentença cível ou penal, se condenar o réu ao pagamento de prestação consistente em dinheiro ou coisa, valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária. Além disso, também a sentença de improcedência serve para constituir hipoteca judiciária em relação às verbas indiretas. O fato de haver recurso pendente não impede a inscrição que deve seguir a LRP. Depois, de acordo como parágrafo único do artigo 466, determina que a sentença condenatória produz a hipoteca judiciária: I - embora a condenação seja genérica; II -

¹²⁷⁴ Assim preceitua o artigo 80: *A sentença, que julgar procedente a ação (entenda-se o pedido), condenando os devedores, valerá como título executivo, em favor do que satisfizer a dívida, para exigí-la, por inteiro, do devedor principal, ou de cada um dos co-devedores a sua quota, na proporção que lhes tocar.*

¹²⁷⁵ Comentando a sentença referida no artigo 80 do CPC, Celso Agrícola Barbi diz: “Essa sentença conterà, portanto, na verdade, duas, em um só ato formal”. Depois, centrando sobre a segunda sentença, continua o autor: “... ela depende de uma condição, que o mencionado pagamento, feito por pessoa que não o devedor principal. Por isso, deve ela ser enquadrada na categoria das sentenças condicionais, que são pouco estudadas pela doutrina nacional”. BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*, p. 223.

pendente arresto de bens do devedor; III - ainda quando o credor possa promover a execução provisória da sentença.

5. Da coisa julgada: limites, questões prejudiciais e decisões interlocutórias.

Coisa julgada é o efeito de imutabilidade decorrente do trânsito em julgado das sentenças. Isso significa que por conta do princípio da segurança jurídica, uma vez transitada em julgado, ou seja, uma vez exauridos todos os recursos cabíveis, ou uma vez transcorridos os prazos para interposição de recursos sem a respectiva interposição, ninguém mais pode alterar a sentença. Portanto, coisa julgada é o efeito de inalterabilidade das sentenças. No sentido formal, significa que contra a sentença trânsita em julgado não mais se pode interpor recurso. No sentido material, significa que além de não mais se poder interpor recursos a sentença terá força de lei nos limites da lide e das questões decididas (artigos 467-8), mas apenas em relação às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros.

Além dos limites subjetivos, a coisa julgada sofre limitações objetivas, isto é, de acordo com o artigo 469: não fazem coisa julgada: *I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo.* A doutrina ainda acrescenta: 01- as sentenças terminativas; 02- as proferidas em processos de jurisdição voluntária; 03- as proferidas em processos cautelares; 04- as decisões interlocutórias; 05- despachos de mero expediente.¹²⁷⁶

Como já vimos, a questão prejudicial só faz coisa julgada *se a parte o requerer* (Artigos 5º e 325), *o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide* (artigo 470). Outra peculiaridade da coisa julgada

¹²⁷⁶ NEGRÃO, Theotonio, op. cit. nota ao artigo 469.

cinge-se às prestações de trato continuativo, pois o CPC, no artigo 471, estabelece que em se tratando de relação jurídica continuativa, e sobrevindo modificação no estado de fato ou de direito, poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença.

Em relação ao problema da preclusão sobre decisões interlocutórias, o código de processo civil, ao estabelecer no *caput* do artigo 471 e no 473, que as questões decididas não podem ser deliberadas novamente no mesmo processo, admitiu a existência de preclusão em relação às decisões interlocutórias. Isso se constitui numa regra, mas as exceções existem. Dessa forma, não precluem as interlocutórias referentes a matérias que o juiz poderia conhecer de ofício, como ocorre com a incompetência absoluta.

Finalmente, sobre os limites subjetivos da coisa julgada, a sentença apenas irradia efeitos às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros.¹²⁷⁷ Mas o artigo 472 incidiu em equívoco ao estabelecer que nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros. Ora, não se confunde o conceito de litisconsorte com o de terceiro. Litisconsorte é parte e se é parte não há que se falar em terceiro citado como litisconsorte: ou se é terceiro, ou seja, ou não se está inserido na relação jurídica de material discutida em juízo; ou se é parte (litisconsorte), pois o litisconsorte além de estar no processo também está inserido na relação jurídica discutida. De modo que a sentença apenas produz efeitos em relação às partes, aos litisconsortes inclusive, mas não em relação a terceiros.

6. Relativizando a imutabilidade da coisa julgada.

Concluimos este capítulo com a advertência já registrada no item 14 do capítulo 08, quando, secundando Ivo Dantas, realçamos que a força de lei atribuída à coisa julgada vem, cada vez mais, sendo mitigada. Afirma-se, refrise-se, que quando uma sentença

¹²⁷⁷ Ressalvadas aqui as ações de natureza coletiva, como a ação popular e a ação civil pública.

agredir a texto expresso da Constituição Federal, mesmo que trãnsita em julgado, poderá ser rescindida.¹²⁷⁸ Com argumentos nem sempre coincidentes, cresce o número de autores filiados a essa corrente. Paulo Otero, por exemplo, distingue entre inconstitucionalidade e inexistência de decisões judiciais (sentenças): toda atividade exercida pelo Poder Público, inclusive pelo Judiciário, está sujeita à obediência à Constituição. Assim, podem ser rescindidas, a qualquer tempo, as sentenças conflitantes com os preceitos e, mais ainda, com os princípios constitucionais.¹²⁷⁹ Para ser válida, a sentença deve ser conforme a Constituição, isto é, o seu comando não pode contrastar com o texto magno. Os pressupostos básicos apontados por Nascimento para se firmar a tese da coisa julgada inconstitucional são: a obrigatoriedade de atuação das funções estatais nos termos prescritos de forma cogente pela Constituição; que as regras instituidoras da coisa quedam-se em nível infraconstitucional (CPC); as sentenças que contrariarem preceito constitucional são absolutamente nulas, daí poderem ser rescindidas por ação autônoma; inexistência de geração de insegurança jurídica, pois a intangibilidade absoluta das decisões, por vezes, agride ao princípio da moralidade e da legalidade; os defeitos de inconstitucionalidade provocados por sentenças podem ser combatidos a qualquer tempo e sem o requisito da observância da eleição de procedimento judicial específico.¹²⁸⁰

Candido Rangel Dinamarco, por sua vez, defende que, mesmo em se ferindo de alguma forma o princípio da segurança jurídica, deve-se admitir que uma sentença que contrarie os valores positivados na Constituição possa vir a ser rescindida em detrimento da instituição da coisa julgada. A destruição de situações injustas é o que fundamenta a aceitação da coisa julgada inconstitucional.¹²⁸¹ Uma proposta de uma nova TGP, necessariamente, há de acatar essa doutrina, não por modismo, mas por coerência com os pressupostos estabelecidos adrede pelo novo direito jurisdicional. Estando hoje a jurisdição

¹²⁷⁸ DANTAS, Ivo. Coisa julgada inconstitucional: declaração judicial de inexistência. *Fórum administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, nº 15, maio/2002, pp. 588-607.

¹²⁷⁹ OTERO, ap. NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Coisa julgada inconstitucional*. Em livro coordenado pelo próprio NASCIMENTO e com o mesmo título. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 16-7.

¹²⁸⁰ Ibidem, p. 28.

¹²⁸¹ “Um óbvio predicado essencial à tutela jurisdicional, que a doutrina moderna alcandora e realça, é o da justiça das decisões. Essa preocupação não é apenas minha: a doutrina e os tribunais começam a despertar para a necessidade de repensar a garantia constitucional e o instituto técnico-processual da coisa julgada, na consciência de que não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Coisa julgada inconstitucional*. Coord. NASCIMENTO, Carlos Valder do, p. 39.

ao centro do sistema processual, e o processo numa fase inegavelmente publicista e constitucionalizante, admitir a eternização de julgamentos contra a Constituição é o mesmo que negar àquilo que até aqui escrevemos. É admitir que a idéia de jurisdição não está adstrita à idéia de justiça, mas a de um verdadeiro *gubernaculum* processual, no sentido de Nelson Saldanha estudado no capítulo 06. No próximo capítulo iremos ainda mais longe, pois iremos estudar os princípios (jurídicos e gerais do direito) para constatar e defender que a coerência doutrinária mais recente prostra-se contra a ultrapassada idéia positivista.

SEÇÃO III

CAPÍTULO 16

DOS PRINCÍPIOS:

EVOLUÇÃO HISTÓRICA E DELIMITAÇÃO CONCEITUAL

8. A principiologia: o fundamento de cientificidade jurídica.

A partir de agora estudaremos os princípios com o objetivo de alcançarmos a formulação de uma base principiológica capaz de: 01- sedimentar os alicerces do direito *cibernético* como ciência jurídica autônoma; 02- proporcionar a elaboração de uma teoria geral juscibernética do processo baseada no processo telemático. Objetivos que serão a temática dos próximos capítulos. Este objetiva precisar a conceituação das variadas espécies de princípios.

Em recente congresso patrocinado pelo Professor Pinto Ferreira, no auditório da SOCEPCE-Recife, participamos de painel em conjunto com o eminente Desembargador Nelson Santiago Reis, professor da disciplina de Direito da Informática desta Faculdade de

Direito, onde este ilustre palestrante registrou, sem qualquer desacerto, a carência metodológico-principiológica de que se ressentia o Direito Cibernético. De fato, sem princípios específicos não se confere autonomia científica a nenhum ramo do saber jurídico. Enfrentemos, pois, este problema para propor a alternativa que se constitui num dos objetivos deste trabalho. Tal tarefa detém fundamental importância, sendo oportuno sobrelevar que qualquer ramificação do conhecimento desinformada de princípios não adquire *status* científico.¹²⁸² A ‘principiologia’, ciência que tem como objeto o estudo, classificação, crítica e definição dos princípios, representa uma etapa necessária (preliminar) à estruturação sistemática de determinada disciplina, quando esta atinge, tal como ocorre com o direito cibernético, um estágio de equilíbrio suficientemente maduro ultrapassando as raias da fase meramente empírica ou casuística.¹²⁸³ Especificamente

¹²⁸² “É sabido que se considera ciência aquele ramo de estudos que é informado por princípios. Estes, portanto, é que dão natureza de ciência a determinada matéria”. NERY, Nelson Júnior. *Princípios do processo civil na constituição federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 21, onde o autor acrescenta que o direito processual somente adquiriu status de ciência autônoma e desvinculada do direito civil quando Oskar Bülow conferiu-lhe tratamento principiológico, através da sua *Teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais*. Soares Filho, no mesmo sentido, enxerga nos princípios a base estrutural da qualquer ciência: “Por essas colocações, entende-se que os princípios significam, de um modo geral, o sustentáculo teórico e a justificativa axiológica de qualquer ciência, especialmente a ciência jurídica; a fonte de seus conceitos e normas, que neles encontram sua interpretação e sua legitimidade”. SOARES FILHO, José. *A proteção da relação de emprego. Análise crítica em face de normas da OIT e da legislação nacional*. São Paulo: LTr, 2002, p. 159. Mais adiante o autor invoca Ruy Espíndola para reforçar sua argumentação: “... já não se podem compreender os rumos do constitucionalismo contemporâneo sem empreender-se reflexões através da teoria dos princípios, alicerce e catalisador das suas mais novas progressões teóricas e dogmáticas”. Vide op. cit. p. 162.

¹²⁸³ CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 4-5. Um outro sentido para a expressão principiologia é atribuído pela comissão de redação da Enciclopédia Saraiva do Direito: “É uma das muitas denominações que recebe a introdução ao estudo do direito, disciplina propedêutica que tem por escopo iniciar o aprendiz nos conceitos e princípios fundamentais da ciência jurídica, dando-lhe uma visão de conjunto a fim de prepará-lo para o estudo dos diversos ramos do direito”. Vide op. cit. Vol. 61, ano 1981, p. 11. Evidentemente que não é neste sentido que fizemos uso da mesma expressão. Aliás, Pontes de Miranda foi claríssimo quanto à vantagem de se estudar os princípios: “Há grande vantagem em se estudar, tratar e expor o direito, aprofundando-se-lhe os princípios: primeiro, porque é assim que tem progredido a ciência, e só assim se pode ficar em dia com ela; segundo, evita-se que se tenham os problemas jurídicos como assuntos sobre os quais, sem preparação, todo mundo possa discorrer. O que a experiência tem mostrado é que o povo de cada país desaprova qualquer exposição, ou discussão jurídica, de que não lhe seja dado ver elementos para a sua convicção. E o povo contém juristas, gente que lê ciência”. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil* (de 1973), p. XIV.

vertida para fins processuais, a principiologia objetiva proporcionar uma maximização dos princípios acarretando uma maior concreção de efetividade.¹²⁸⁴

Mas, para se estabelecer quais são os princípios que devem ser eleitos com o escopo de estruturar a juridicidade da ciência que estuda o fenômeno consistente na aplicação da tecnologia ao direito, foi necessário recorrer à própria origem histórico-filosófica dos princípios. Tal se traduziu numa necessidade em razão de a nossa taxonomia exigir o expurgo do abuso, atualmente existente, em se querer nominar de princípios fatos que, a despeito de serem jurídicos, não alcançam a essência e nem representam qualquer ponto de partida estruturador de uma determinada disciplina. Iniciemos, pois, com o estudo da origem filosófica dos princípios.

2. Origem filosófica: delimitando o conceito e a história dos princípios. *Prima principia* (*dignitates*), *principium essendi*, *cognoscendi* (comuns e próprios, lógicos e ontológicos) e *fiendi*. Princípios onivalentes, plurivalentes, monovalentes e setoriais.

A expressão princípio deriva do grego “*archè*” – ou $\alpha\rho\chi\eta'$, e fora introduzida na filosofia por Anaximandro designando causa ou movimento, entendimento este que veio a ser confirmado, inclusive, pelo racionalismo clássico na seara metafísica.¹²⁸⁵ Alguns filósofos pré-socráticos, dentre os quais estava Anaximandro, utilizaram a expressão princípio para descrever o caráter do elemento ao qual todos os demais estavam reduzidos e

¹²⁸⁴ “1. PRINCIPIOLOGIA. A plena identificação dos princípios processuais em suas consistências próprias - cujo reconhecimento se impõe para potencializar a aplicação de uns e outros – tem uma utilidade indeclinável em garantia do processo. É através do intenso aproveitamento dos princípios, com emprego de técnicas adequadas, que se constrói, na essência, a efetividade do processo, realizando-se a justa composição da lide”. ALVES, Jones Figueirêdo. *Da aplicação prática dos princípios processuais. Uma proposta de estudo*. Recife: 1990, p. 11.

¹²⁸⁵ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 792. Ferrater Mora, por sua vez, comprova que Aristóteles chegou a elaborar uma classificação na qual conferia várias significações à expressão princípio, como: “... ponto de partida do movimento de uma coisa; o melhor ponto de partida; o elemento primeiro e imanente da geração; a causa primitiva e não imanente da geração, premissa, etc”. MORA, José Ferrater. *Dicionário de filosofia*. Tomo III. São Paulo: Loyola, 2001, p. 2371. Sobre a classificação principiológica de Aristóteles vide: MACEDO, Sílvio de, em “Princípio”, artigo publicado na *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 60, p. 505.

que representava realisticamente o *princípio* de todas as coisas. Os gregos iniciaram o uso da palavra *princípio* para representar a *realidade*, mas não para designar que o princípio em si era a realidade (em sentido ontológico) de todas as coisas. Entendia-se como sendo possível a proposição de uma *razão* determinante da realidade, esta sim (a razão) é que determinava a essência das coisas ao permitir a sua descrição por meio de proposições atributivas da própria razão.¹²⁸⁶

Aristóteles preocupou-se em descobrir uma característica comum a todos os princípios, chegando a afirmar que: “o caráter comum de todos os princípios é ser a fonte de onde derivam o ser, ou a geração, ou o conhecimento”.¹²⁸⁷ Mais tarde, os escolásticos retomaram a idéia aristotélica para conceber o princípio como “aquilo” (o ponto de partida) de onde algo emana e o que emana tanto pode relacionar-se com a realidade, o movimento, ou com a cognição.¹²⁸⁸ Todavia, apesar de o princípio poder coincidir com um ponto de partida, reconheceu-se que a recíproca não era verdadeira, ou seja, nem todo ponto de partida deve ser confundido com um princípio.¹²⁸⁹ Por isso, a expressão princípio restou adstrita a um *ponto de partida* que, todavia, não redundasse noutro ponto de partida, ou em pontos de partida da mesma espécie, ou da mesma classe. Uma ciência pode perfeitamente possuir um ou mais princípios e uns podem ser dependentes de outro ou outros, isto é, pode

¹²⁸⁶ Dizia Ferrater Mora: “Mas em vez de mostrar uma realidade e dizer que ela é o princípio de todas as coisas, pode-se propor uma razão pela qual todas as coisas são o que são. Então o princípio não é o nome de nenhuma realidade, mas descreve o caráter de certa proposição: a proposição que ‘dá razão de’”. MORA, José Ferrater, op. cit. p. 2371. Sílvia de Macedo corrobora do entendimento de que fora Anaximandro que introduzira a expressão ‘princípio’ na filosofia. MACEDO, Sílvia de, op. cit. p. 505.

¹²⁸⁷ ARISTÓTELES, ap. MORA, José Ferrater, op. cit. p. 2371.

¹²⁸⁸ A nossa passagem textual dos gregos para os escolásticos justifica-se, em certa medida, em razão de os romanos não terem desenvolvido uma filosofia do direito original. Como observa Del Vecchio, no Oriente o tema central da atividade espiritual foi a religião, na Grécia foi a filosofia e em Roma o direito. Centrando-se sobre Roma diz o jurista: “Sem dúvida também lá se manifestaram várias correntes do pensamento filosófico, mas vieram da Grécia (...) O conceito de uma lei natural, comum a todos os homens, tornou-se familiar aos juristas romanos, quase uma crença implícita e subentendida na sua própria noção de direito positivo”. DEL VECCHIO, *Lições de filosofia do direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1979, p. 54-6.

¹²⁸⁹ Atualmente nota-se um verdadeiro abuso da principiologia, havendo autores que pretendem nominar de princípios regras que não são nada mais do que regras.

haver princípios hierarquicamente superiores aos quais outros se sujeitam, tais são chamados de *prima principia*, ou *dignitates*, são verdadeiros axiomas.¹²⁹⁰

Conhecer alguma coisa será sempre o mesmo que contemplá-la por meio de um ou mais princípios. Existem duas clássicas formas de se operar o raciocínio filosófico sobre *princípios*: a primeira delas é a dogmática, cuja preocupação com as respectivas demonstrações concretas acerca do dito, inexistente; a outra, contrariamente, verte-se para a verificação fática de hipóteses.¹²⁹¹ Como observa o eminente professor Nelson Saldanha, os modos através dos quais se operam os pensamentos jurídicos sobre princípios vêm sendo postos e repostos de inúmeras maneiras: ora são considerados como pontos de referência informadores da ordem jurídica, situando-se num plano anterior ao da norma; ora são extraídos da própria norma através de processo exegético.¹²⁹² Com visão similar Rui Portanova ora conceitua o princípio como *critério*, ora como *política*, ora como *sistema*, ora como *requisito*, ora como *regra*.¹²⁹³

Mas é certo que foi do sentido conferido pelos gregos abrangendo realidade e razão, que os escolásticos construíram o entendimento acerca da expressão *princípio*, como: *principium essendi* ou *cognoscendi*. Dentre os iluministas Christian Wolff definiu o princípio como aquilo que contém em si mesmo a razão d'alguma coisa, ou seja, seguindo a orientação antes conferida por Aristóteles. Kant, por sua vez, restringiu a designação à seara gnoseológica, seria a proposição geral encontrada como uma consequência indutiva da experiência servindo de premissa maior ao silogismo.¹²⁹⁴ De uma forma ou de outra, ou os princípios são lógicos ou são ontológicos, pois quando se fala em *principium essendi* releva-se o *ser* e quando se menciona o *principium cognoscendi* vincula-se o princípio à atividade de *conhecer* a realidade, princípio enquanto *razão*. Assim, torna-se plenamente factível conferir-se a sobreposição de um princípio sobre outro ou outros. Tudo isso,

¹²⁹⁰ MORA, José Ferrater, op. cit. p. 2371. André Lalande explica que no começo princípio significava *ponto de partida*, mas com o tempo, pela força do uso, passou a ser invocado maquinalmente sem adstrição a idéias. LALANDE. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

¹²⁹¹ SALDANHA, Nelson. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 200.

¹²⁹² Ibidem, p. 200. Aqui, neste contexto, a expressão 'norma' quer designar apenas a lei elaborada pelo parlamento, sendo certo que na atualidade a doutrina germânica alargou o conceito de norma para representá-la como um gênero ao qual pertencem, como espécies, as 'regras', isto é, as leis, e os princípios.

¹²⁹³ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 13.

¹²⁹⁴ WOLFF, ARISTÓTELES e KANT, ap. MACEDO, Silvio de, op. cit. p. 505.

entretanto, depende da corrente filosófica adotada, pois, pode-se preferir realçar e sobrelevar a realidade sobre a razão ou vice-versa. Mas é ainda possível argumentar que sendo a *linguagem* o instrumento dador de razão à realidade, ela (linguagem) não faz parte da realidade em si mesma, mas apenas a representa através de seus signos e de sua semasiologia. Neste caso as acepções distintivas entre *essendi* e *cognoscendi* restam fundidas, porque tanto a realidade quanto a sua razão são coisas idênticas representadas por algo que não é próprio da realidade concreta: a *linguagem*.¹²⁹⁵

Os escolásticos chegaram a mencionar um terceiro gênero de princípios: o dos princípios *fiendi*, princípios do ‘fazer’.¹²⁹⁶ Entendemos, entretanto, ser impossível situar um princípio inserido noutro ambiente não coincidente com o dos princípios lógicos ou ontológicos. Ora, de uma forma ou de outra, ou situamos os princípios no mundo do ser ou no proposicional, entre essas duas realidades não há uma terceira. Como se percebe, a expressão ‘princípios’ é ambígua, pois o seu sentido e alcance gera incerteza e designações distintas. Montesquieu, por exemplo, no livro III de seu *Espírito das Leis*, quando trata dos princípios dos três governos, diz que entre a natureza do governo e o seu princípio há uma diferença consistente em que a natureza do governo é aquilo que o faz ser tal, é a sua estrutura particular, mas o seu princípio é aquilo que o faz agir, são as paixões humanas que o movem.¹²⁹⁷

¹²⁹⁵ Tanto que Ferrater Mora esclarece: “... se se dá o primado ao principium essendi sobre o principium cognoscendi, temos um pensamento filosófico fundamentalmente ‘realista’, segundo o qual o princípio do conhecimento segue fielmente o princípio da realidade; se se dá o primado ao principium cognoscendi sobre o essendi, temos um pensamento filosófico que qualificaremos (entre aspas) de ‘idealista’, segundo o qual os princípios do conhecimento da realidade determinam a realidade enquanto conhecida, ou cognoscível (...) quando se mantêm os dois princípios separados, temos uma doutrina segundo a qual embora a ‘linguagem’ (o dizer, o pensar, etc.) possa dar de algum modo razão à realidade, a ‘linguagem’ não pertence de modo algum à realidade (...) temos uma doutrina segundo a qual há identidade entre a realidade e a razão da realidade”. MORA, José Ferrater, op. cit. p. 2371.

¹²⁹⁶ LALANDE, André, op. cit. p. 862.

¹²⁹⁷ MONTESQUIEU (Charles Louis de Secondat). *O Espírito das leis*. São Paulo: Saraiva, 2. ed. 1992, p. 95. No dicionário Aurélio encontramos as seguintes designações para princípio: “[Do lat. principiu.] S. m. 1. Momento ou local ou trecho em que algo tem origem; começo: 2. Causa primária. 3. Elemento predominante na constituição de um corpo orgânico. 4. Preceito, regra, lei. 5. P. ext. Base; germe: 6. E. Ling. Restrição geneticamente imposta a uma gramática (5). [V. gramática universal e parâmetro (4).]. 7. Filos. Origem de algo, de uma ação ou de um conhecimento. 8. Lóg. Na dedução, a proposição que lhe serve de base, ainda que de modo provisório, e cuja verdade não é questionada. [Cf. princípio, do v. principiar.]. Princípio antrópico. Cosm. 1. Proposição segundo a qual tudo quanto podemos observar no Universo deve depender estritamente das condições próprias da nossa

Ferrater Mora propõe uma subdivisão nos *principia cognoscendi* em princípios *comuns* a todas as classes do saber e princípios *próprios* ou exclusivos de cada classe, e ainda em princípios *lógicos* e *ontológicos*.¹²⁹⁸ Semelhantemente, Sílvio de Macedo entende que, no âmbito filosófico, os princípios classificam-se em lógicos e metafísicos representando ‘fundamento’, ‘causa’, ‘pressuposto’ e ‘premissa’.¹²⁹⁹ Na doutrina há lógicos que chegam a negar a existência dos princípios ontológicos,¹³⁰⁰ assim como há autores a

existência e da nossa presença, como observadores no cosmo. Princípio cosmológico. Cosm. 1. Hipótese segundo a qual o Universo é homogêneo e isotrópico, ou melhor, não existe nem local nem direção privilegiada, qualquer que seja a posição ocupada pelo observador. Princípio da bivalência. Lóg. Princípio da lógica clássica segundo o qual uma proposição ou é verdadeira ou é falsa. [Cf. princípio do terceiro excluído.]. Princípio da identidade dos indiscerníveis. Filos. Conforme Leibniz (v. leibniziano), princípio segundo o qual dois seres reais diferem sempre por caracteres intrínsecos e não por suas posições no tempo e no espaço. [Tb. se diz apenas indiscerníveis.]. Princípio da realidade. Psican. Substituição ou controle das exigências do princípio do prazer (q. v.) com o objetivo de adaptar o organismo às exigências da realidade, assegurando, conseqüentemente, a satisfação das suas necessidades. Princípio de causalidade. Filos. Uma das relações fundamentais apreendidas pelo pensamento, e que assim se enuncia: "Todo fenômeno tem uma causa". Princípio de contradição. Lóg. Princípio que afirma: "O que é não é o que não é". Em termos lógicos, a negação de uma proposição afirmativa verdadeira será falsa e vice-versa, pois o contrário do falso é o verdadeiro; princípio de não-contradição. Princípio de finalidade. Filos. Uma das relações fundamentais apreendidas pelo pensamento, e que consiste na atribuição de uma finalidade a tudo o que é, do que resulta a busca da compreensão do que é pelo que está para vir. Princípio de identidade. Lóg. Princípio que afirma: "O que é, é; o que não é, não é". Em termos lógicos, trata da relação entre a qualidade (afirmação ou negação) e o valor de verdade (verdadeira ou falsa) que define uma proposição como tal. Princípio de individuação. Filos. Essência própria a cada indivíduo, e graças à qual se pode dizer, de cada um deles, "Ei-lo": o singular, concreto, determinado no tempo e no espaço. Ex.: a hecceidade. [Cf. individuação (2).]. A unidade das características que diferencia uma coisa de outras assemelhadas. Princípio de não-contradição. Lóg. Princípio de contradição. Princípio de razão suficiente. Filos. Segundo Leibniz (v. leibniziano), o princípio que afirma que nada acontece sem que haja uma causa ou razão determinante. Princípio de verificação. Filos. No positivismo lógico (q. v.), princípio que afirma que o significado de uma proposição é dado na sua verificação (v. verificabilidade). Princípio do prazer. Psican. Tendência da atividade psíquica a buscar a satisfação e evitar o pesar, sem levar em conta a realidade. Princípio do terceiro excluído. Lóg. Princípio segundo o qual uma proposição ou é afirmativa ou é negativa, não havendo meio-termo. [Cf. princípio da bivalência.]. A princípio. No começo, no início: & Em princípio. Antes de qualquer consideração; antes de tudo; antes de mais nada. Confira-se AURELIO Dicionário Eletrônico. No Dicionário Eletrônico Michaelis, o significado da expressão princípio indica: s. m. 1. Momento em que uma coisa tem origem; começo. 2. Causa primária; razão, base. 3. Momento em que se faz alguma coisa pela primeira vez. 4. Regra, lei, preceito. 5. Ditame moral, sentença, máxima. 6. Teoria. 7. Quím. e Farm. Substância química que figura numa mistura. S. m. pl. 1. Os antecedentes. 2. As primeiras épocas da vida. 3. Doutrinas fundamentais ou opiniões predominantes".

¹²⁹⁸ MORA, José Ferrater, op. cit. p. 2371. Mas deve-se ressaltar que o caráter ontológico dos princípios cognoscíveis não é concebido como a realidade em si mesma, mas como princípios pertinentes à realidade, apenas.

¹²⁹⁹ MACEDO, Sílvio de, op. cit. p. 11.

¹³⁰⁰ Lourival Vilanova, por exemplo, afirma que somente atinge-se o nível mais profundo do conhecimento através da lógica (de suas proposições). VILANOVA, Lourival. *Lógica jurídica*. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 15-7. No mesmo sentido vide *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. p. 37-8.

afirmar que os princípios lógicos são, na verdade, princípios ontológicos, pois eles não se justificariam se não se baseassem numa *realidade*.¹³⁰¹

Classificam-se ainda os princípios em onivalentes, plurivalentes, monovalentes e setoriais. **Onivalentes** são os princípios universais dos quais extraem-se proposições gerais e das quais deduzem-se outras especiais, são exemplos: o da identidade, o da não contradição, o do terceiro excluído e o da razão suficiente ou determinante.¹³⁰² Estes princípios pertencem ao objeto da lógica formal, vertendo-se para fenômenos examinados sob um prisma estático, permitindo, por conta disso, em seu desfavor, a crítica no sentido de que sendo a realidade indiscutivelmente dinâmica e constituída pela união dos contrários não poderia por seu intermédio ser bem representada, mormente porque consagra o “*princípio da não contradição*”. Como vimos no capítulo 01 este princípio afirma que uma proposição não pode ser ao mesmo tempo verdadeira e falsa. Assim, uma lógica que pretendesse retratar mais precisamente o mundo real deveria preocupar-se com a evolução fática dos fenômenos que descreve. A lógica formal arrima-se ainda, em mais dois princípios: o da identidade: se uma idéia é verdadeira é verdadeira e o do terceiro excluído pelo qual uma idéia ou é verdadeira ou é falsa. Já o princípio da razão suficiente indica que toda consequência exige uma causa antecedente constituída na sua motivação,¹³⁰³ ou que deve uma proposição conter a demonstração da certeza de uma demonstração de modo a extirpar dúvidas acerca da sua veracidade.¹³⁰⁴

Princípios plurivalentes, também denominados de princípios regionais, são os pertencentes a determinados grupos de ciências e somente são eficazes na medida em que as ciências integrantes de certo setor do conhecimento possam interdisciplinar-se.¹³⁰⁵

Princípios monovalentes, por silogismo, abrangem não o conhecimento como um todo ou uma sua região, mas, apenas, uma área específica. No âmbito do conhecimento jurídico pode-se citar, como exemplo, o princípio que nega a escusa ao atendimento à lei em razão

¹³⁰¹ MORA, José Ferrater, op. cit. p. 2371.

¹³⁰² CRETILLA NETO, José, op. cit. p. 5-6.

¹³⁰³ PIMENTEL, Alexandre Freire. *O direito cibernético: um enfoque teórico e lógico-aplicativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 224-230.

¹³⁰⁴ MACEDO, Sílvio de, op. cit. p. 12.

¹³⁰⁵ José Cretella Neto assim resume sua definição: “*Em resumo: princípios plurivalentes presidem as ciências de um grupo que apresenta denominadores comuns, que as aproximam*”. CRETILLA NETO, José, op. cit. p. 7-8.

de desconhecimento.¹³⁰⁶ **Princípios setoriais** são os que, situados numa única ciência, abrangem diversos setores desta mesma ciência, tal como ocorre com o princípio da especialidade no direito administrativo, o qual determina às pessoas jurídicas públicas descentralizadas a vinculação de suas atividades à concretização dos fins justificadores da sua instituição.¹³⁰⁷

Modernamente os físicos, lógicos e matemáticos, por optarem em fazer remontar a vinculação do princípio aos sistemas hipotético-dedutivos, proporcionaram a dissociação de idéias antes confundidas: uma que enxerga nos princípios os fundamentos de certeza, ou seja, as proposições que conseguem a imediata aderência do espírito humano; outra que vê nos princípios proposições representativas exatamente daquele *ponto de partida* situado à frente de um tal sistema hipotético-dedutivo, e apenas é aceita pelo espírito humano simplesmente em razão de sua função ordenadora, unificadora e organizadora de conseqüências.¹³⁰⁸

3. Notícia histórica dos princípios no Brasil: os princípios como fontes jurídicas.

Uma análise histórica do ordenamento jurídico brasileiro aponta no sentido da existência de uma verdadeira hierarquia hermenêutica na aplicação dos princípios – aqui tomados com a restrita adstrição aos princípios gerais do direito –, quando da resolução de lides sob apreciação do Judiciário. Neste sentido, pode-se constatar que se partirmos para a pesquisa das Ordenações Manuelinas observaremos que quando o regente português D.

¹³⁰⁶ Exemplo de princípio monovalente citado por José Cretella Neto é o da ‘ação mínima’, cuja validade restringe-se ao campo da física: “... estabelece que, quando ocorre o deslocamento espontâneo de um objeto, de um ponto a outro, a trajetória seguida corresponde àquela para a qual a diferença aritmética entre a energia cinética média e a energia potencial média, é mínima. Esse princípio somente é válido para esta Ciência e não para a Química ou para a Biologia”. Ibidem.

¹³⁰⁷ Ibidem, p. 9.

¹³⁰⁸ Um contorno bastante claro sobre a evolução histórica dos princípios e de seus sentidos, passando inclusive por Descartes com seu “*Princípios da filosofia*” e por Renouvier com seu “*Princípios da natureza*”, é encontrado em André Lalande. Este autor demonstra que esta última acepção é a que melhor designa o sentido e alcance da expressão *princípio*. LALANDE, André, op. cit. p. 862.

Manuel I determinou em 1505, a reforma das Ordenações Afonsinas, teve em mente lograr uma melhor sistematização dos textos legais, ora os reunindo consoante suas datas, ora de acordo com as matérias tratadas. Francisco Xavier de Oliveira Mattos dizia que para bem compreender o real sentido de cada texto legal o intérprete deveria mergulhar nas diferentes épocas das respectivas edições de cada lei, comparando-as com outras semelhantes e inspirando-se, primeiramente nos princípios, e, depois, nos usos e costumes. Nestas Ordenações os princípios obtiveram o significado de fonte jurídica.¹³⁰⁹

Ao analisar-se a progênie espanhola de nosso direito, ou seja, as Ordenações Filipinas, constata-se, com Mr. Domat, que quando o ordenamento contivesse uma lacuna o magistrado devia, antes de aplicar os princípios, tentar solucionar a lide recorrendo ao direito natural inspirado pelo racionalismo.¹³¹⁰ Mas, havendo lei cujo sentido e alcance fosse duvidoso, ou seja, não sendo hipótese de lacuna, estas Ordenações outorgavam ao Príncipe – chefe de Estado - a prerrogativa de determinação do real sentido e alcance de suas expressões.¹³¹¹ A recorrência aos princípios somente era admitida quando determinada matéria não fosse regulamentada nem pela lei e nem pelo direito natural.¹³¹² Assim, pois, no regime das Ordenações Filipinas a aplicação dos princípios na solução de um caso concreto requeria, necessariamente, uma omissão que representasse uma lacuna. E tal “omissão” na verdade devia ser dúplice, eis que se exigia, primeiro, a não normatização

¹³⁰⁹ Dizia o autor: “*Daqui vem que mal fe pode comprehender o espirito de cada huma das ditas Leis, fem que o interprete fe transporte efecceffivamente ás fuas diferentes epocas, e as compare com outros monumentos coëvos, infruindo-fe nos principios, maximas, ufos, e coftumes, que em cada huma das mefmas epocas mais dominavaõ...*”. OLIVEIRA MATTOS, Francisco Xavier de. *Ordenações manuelinas*, Livro I. Lisboa: Caloustre Gulbenkian, 1984, p. 03 da Prefação.

¹³¹⁰ DOMAT, *Auxiliar jurídico – apêndice às ordenações filipinas*, Vol. I. Lisboa: Caloustre Gulbenkian, 1985, p. 430.

¹³¹¹ “*Se as palavras de Huma Lei exprimem claramente o sentido e intenção della, devemos-nos cingir a ellas. Se o verdadeiro sentido da Lei não pode entender-se bem pelas interpretações, que podem fazer-se-lhe segundo as regras dadas; ou se este sentido sendo claro produz inconvenientes contra a utilidade pública, he preciso então recorrer ao Príncipe para saber a sua intenção sobre aquilo que pode ser sujeito à interpretação, declaração, ou modificação, ou seja, para elle declarar a Lei, ou para a modificar*”. *Auxiliar jurídico – apêndice às ordenações filipinas*, Vol. I. Caloustre Gulbenkian, poder 433.

¹³¹² Se é que é, ou era, correto falar-se em lacuna do direito natural.

legal e, uma vez constatada esta, recorria-se ao direito natural. Só depois de esgotado esse procedimento é que se possibilitava recorrer aos princípios.¹³¹³

Em boa hora, relembre-se que os princípios aqui tratados neste item nada mais designam que os princípios gerais do direito. Pois bem, o código comercial de 1850, foi omissivo quanto à matéria dos princípios gerais do direito. A Consolidação das Leis do Processo do Conselheiro Ribas, aprovada pela resolução imperial de 1876, determinava que: *“O juiz não poderá abster-se de julgar o pleito a pretexto de ser o caso omissivo nas leis, nem sobre elles, enquanto pendente, consultar o Governo, ou os juizes superiores”*.¹³¹⁴ De se observar que as ordenações Filipinas somente foram revogadas pelo código civil de 1916, que em seu artigo 1807, arrematou: *“Ficam revogadas as Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes às matérias de direito civil reguladas neste Código”*. O primeiro código de processo civil unificado do Brasil – CPC de 1939 -, ao regulamentar esta matéria em seu artigo 113, determinava que *“O juiz não poderá sob pretexto de lacuna ou obscuridade da lei, eximir-se de proferir despachos ou sentenças”*. Reafirme-se aqui que a lei de introdução ao código civil, quando vislumbrou a possibilidade jurídica de aplicação dos princípios gerais do direito dirimirem lides, somente o fez com característica colmatadora, ou seja, o aplicador do direito só pode recorrer aos princípios quando a lei for omissa e, ainda, representar uma *lacuna*.

Mais elucidador ainda é o dispositivo contido no artigo 126 do atual CPC, que vestido com a redação ofertada pela lei 5.925/73, depois de registrar que o juiz não se eximirá de sentenciar ou despachar sob alegação de haver lacuna legal ou obscuridade na lei, impõe ao magistrado que: *“... No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais, não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”*. É de bom alvitre não se confundir a analogia com a interpretação extensiva e

¹³¹³ Na pretérita letra do comentário: *“Se algumas Provincias, ou lugares não tiverem regras certas para as dificuldades da materias, que ahi estão em uso, nem estejam reguladas pelo Direito Natural, ou pelas Leis escriptas, devem regular-se pelos princípios, que servem de base ás Leis daquelles mesmos lugares: e se nestes não poder achar-se a decisão, deve-se seguir o que se acha regulado pelas Leis dos povos vizinhos, e, sobretudo pelas das principais Cidades”*. Ibidem, p. 437.

¹³¹⁴ RIBAS, Antônio Joaquim, *“Consolidação das disposições legislativas e regulamentares concernentes ao processo civil”*. Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1878, p. 148.

analogica, pois: na interpretação extensiva inexistente lacuna, a disposição legal existe, porém, é defeituosa; na interpretação analógica a lei registra sua vontade de envolver espécies concretas semelhantes; e na analogia há lacuna no ordenamento objetivo.¹³¹⁵

Perceba-se que tanto a lei de introdução ao código civil quanto o CPC estabelecem uma ordem de precedência cuja hierarquia impõe que a recorrência aos princípios gerais do direito somente poderá operar-se quando, na falta de norma legal, não puderem ser aplicados: a analogia e os costumes. Inicialmente, o CPC não seguiu a ordem previamente estabelecida pelo artigo 4º da LICC, isto é, impondo precedência da analogia sobre os costumes. O diploma processual de 1939 determinava que, na falta de lei, deveria o juiz recorrer, primeiramente, aos costumes para, somente quando não existissem ou não fossem aplicáveis, permitir a aplicação dos princípios. A lei 5.925/73, todavia, amoldou o CPC à LICC, de maneira que em nosso direito o juiz só pode aplicar os princípios gerais depois de verificar: 1º – que não há lei aplicável ao caso concreto; 2º – que não há como se aplicar a analogia; 3º – que não há costume, ou não há como se aplicar os costumes acaso existentes.

Esta é a situação da dogmática atual. Passaremos agora a analisar algumas taxonomizações doutrinárias sobre os princípios gerais do direito, para em seguida propormos a nossa classificação.

4. Os princípios gerais do direito e as vertentes doutrinárias brasileiras e no direito comparado.

¹³¹⁵ Vejamos a respeito a lição de Tourinho Filho: “Como se percebe, nítida é a diferença entre a interpretação extensiva e a analogia. Naquela, o intérprete conclui que a lei contém a disposição para o caso concreto, mas, como a expressão é mais defeituosa, procura-se adaptá-la à mens legis. Já, na analogia, parte-se do pressuposto de que a lei ‘não contém a disposição precisa para o caso concreto, mas o legislador cuidou de um caso semelhante ou de uma matéria análoga’. Nítida é a diferença, também, entre interpretação analógica e analogia. Ali, a vontade da lei é a de abranger os casos análogos àqueles por ela regulados. Aqui, não há essa voluntas legis, não existe essa vontade, mas o intérprete, assim mesmo, preenche o meato, o claro, o vazio”. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 15. ed. 1994, p. 154.

Há uma tendência universal nos sistemas provenientes da família romanista a considerar os princípios gerais como fontes subsidiárias do direito e, nesse sentido, a doutrina referencia o artigo 4º da lei de introdução ao código civil brasileiro, que prescreve que *nos casos em que a lei for omissa o juiz decidirá a lide com fundamento na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do direito.*¹³¹⁶ Em sentido semelhante, o código civil argentino dispõe no artigo 16, que: *“Se não se puder resolver uma questão civil nem pelas palavras, nem pelo espírito da lei, atender-se-á aos princípios das leis análogas e se a questão permanecer duvidosa, aos princípios gerais do direito, tendo-se em conta as circunstâncias do caso”*. Também o código civil mexicano, no artigo 19, diz: *“As controvérsias judiciais de ordem civil devem resolver-se de conformidade com a letra da lei ou segundo sua interpretação jurídica. Na falta de lei, resolver-se-ão segundo os princípios gerais do direito”*. O código civil italiano, por sua vez, prescreve no artigo 12, que: *“Se uma controvérsia não pode ser decidida segundo uma disposição (legal), ter-se-ão em conta as disposições que regulam os casos semelhantes ou as matérias análogas; persistindo a dúvida, decidir-se-á segundo os princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado”*.¹³¹⁷

A particularidade do código civil italiano, considerada por Del Vecchio como um retrocesso, em virtude de haver substituído a expressão *princípios gerais do direito* por *princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado*,¹³¹⁸ deveu-se, segundo Norberto Bobbio, ao fato de o legislador de 1942 ter resolvido pôr fim aos equívocos suscitados no sentido de saber, se no conjunto da expressão: *‘princípios gerais do direito’*, a palavra *‘direito’* designava o direito natural ou o direito positivo. Ainda na fase do projeto legislativo constava a expressão: *‘princípios gerais do Direito vigente’*, que foi modificada na última redação para *‘princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado’*. A explicação do Ministro Relator do projeto é de uma importância sem precedentes, pois a motivação da adoção de *‘princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado’* representou uma opção ideológica, cujo escopo foi o de proporcionar ao juiz socorrer-se dos princípios

³⁴ PORTANOVA, Rui, op. cit. p. 14.

¹³¹⁷ As referências às legislações alienígenas foram extraídas da obra de RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 270.

¹³¹⁸ DEL VECCHIO critica a redação do código civil italiano de 1942, que substituiu a expressão *princípios gerais do direito*, que constava do diploma de 1865, por: *princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado*. Veja-se *Lições de filosofia do direito*, p. 380.

que constam do *ordenamento* e não do *direito*, apenas. Segundo a relatoria do projeto a expressão *ordenamento* é bem mais ampla que *direito* e possibilita ao intérprete os meios e elementos indispensáveis à pesquisa da ‘norma’ aplicável à espécie.¹³¹⁹

Comentando a alteração da lei italiana, Betti, que, aliás, é tido por Bobbio como o maior jurista italiano em matéria de hermenêutica, a interpretou com o senso de que os princípios gerais do direito, para serem aplicados, exigiriam recorrência a um procedimento de hetero-integração,¹³²⁰ ao lado dos juízos de equidade, transcendendo ao mero direito positivo. Bobbio, todavia, não acata a tese de Betti, pois ao considerar os princípios gerais do direito ‘excedentes’ à ordem jurídica, sua aplicação em vez de consumir atividade integrativa do direito, estaria, na verdade, a virar o sistema de cabeça para baixo.¹³²¹ O ponto fulcral da discórdia entre estes dois grandes juristas reside no problema da conceituação, significação, do que representa a palavra ‘princípio’. Para Bobbio princípios gerais do direito são, apenas, *normas* e normas generalíssimas insertas no sistema jurídico, ao passo que Betti admite que os princípios transbordam os albores do sistemático-positivo.¹³²² Neste ponto não há como não concordar, a nosso ver, com Betti, pois basta examinar-se a história para se constatar que alguns sistemas jurídicos já admitiram a recorrência a princípios gerais do direito que serviram de base inspiradora de legislações de outros Estados, como foi o caso, por exemplo, das ordenações Filipinas.¹³²³ Além disso, recorrendo-se ao direito comparado e examinando-se o artigo 16 do código civil argentino,

¹³¹⁹ Vejamos a explicação do Ministro italiano relator do projeto de lei aprovado: “*Em lugar da fórmula ‘princípios gerais do Direito vigente’, que poderia parecer extremamente limitativa para o intérprete, julguei preferível a de ‘princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado’.* Neste o termo ‘ordenamento’ torna-se compreensível em seu amplo significado, para além das normas e dos institutos, e para além, ainda, da orientação político-legislativa estatal e da tradição científica da Nação (Direito romano, Direito comum, etc.). Esse ordenamento, adotado ou sancionado pelo Estado, seja ele privado ou público, dará ao intérprete todos os elementos necessários para a pesquisa da norma reguladora”. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UNB, 10. ed. 1997, p. 157.

¹³²⁰ Para Alcalá-Zamora: “... ocorre a auto-integração, quando as lacunas se colmatam, se preenchem, com a própria lei; a hetero-integração verifica-se quando as lacunas são preenchidas com matéria distinta, isto é, por normas jurídico-processuais distintas da lei (*sensu stricto*), como, por exemplo, um decreto, uma portaria”. Ap. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, op. cit. p. 154. O conceito de hetero-integração de Tourinho é mais abrangente, pois para se efetivar basta que um caso concreto tenha sido resolvido por espécie legislativa distinta da do processo penal, assim, por exemplo, se uma dessas problemáticas resolver-se por aplicação subsidiária do código de processo civil.

¹³²¹ BOBBIO, Norberto, op. cit. p. 158.

¹³²² Ibidem, p. 158-9.

¹³²³ Confira-se *Auxiliar jurídico – apêndice às ordenações filipinas*, Vol. I. Caloustre Gulbenkian, p. 437.

vê-se ali a explícita admissão de se resolver lides com base em princípios das leis análogas de outros países. Depois, também não há como não admitir que a aplicação dos princípios gerais do direito importa numa abertura cognitiva do sistema jurídico, quando pouco, para concordar com a autopoiese sistemática, ou, quando muito, o que nos parece mais acertado, que importa numa atividade alopoiética, portanto, extra-sistemática.

Em José Cretella Neto encontra-se a demonstração de que os princípios gerais do direito possuem progênie supranacional, expondo, inclusive, o entendimento de Eros Roberto Grau, para quem tais princípios não são resgatados fora do ordenamento jurídico, mas são apanhados no seu interior.¹³²⁴ Este autor entende que os princípios gerais do direito originam-se dos tratados e costumes internacionais, para tanto argumenta que o parágrafo 1º do artigo 38 do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), que tem por escopo processar e julgar controvérsias internacionais, admite a aplicação dos princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas.¹³²⁵ E no julgamento da demanda envolvendo a França e a Turquia sobre o caso ‘Lotus’, em 07 de setembro de 1927, esta Corte de Justiça Internacional declarou que “*o sentido das palavras princípios gerais do Direito, não pode, segundo seu uso geral, significar algo diverso que o próprio Direito Internacional, tal como em vigor entre todas as nações que fazem parte da comunidade internacional*”. A definição mais bem aceita no âmbito da internacionalização dos princípios gerais do direito é a de Marcel Sinkondo, a qual toma-os como proposições primeiras, escritas ou não, proposições de base dotadas de generalidade e abstração de seus preceitos, permitindo-lhes, pois, através de processo de adaptação e de transformação,

¹³²⁴ Mesmo fazendo tal ressalva José Cretella Neto assinala que: “*Talvez seja o vasto campo do Direito Internacional aquele em que de forma mais ampla se manifesta a importância dos princípios gerais do direito, já que, ao lado dos tratados e do costume internacional (dos quais, na verdade, se originam), constituem eles uma das principais fontes dessa disciplina*”. CRETELLA NETO, op. cit. p. 16.

¹³²⁵ A expressão *nações civilizadas*, dizem os internacionalistas, não embute preconceito, ao contrário, segundo Rezek: “*A idéia é a de que onde existe ordem jurídica – da qual se possam depreender princípios -, existe civilização. Dessarte, quedam-se excluídas apenas as sociedades primitivas – que, de todo modo, porque não organizadas sob a forma estatal, não teriam como oferecer qualquer subsídio*”. REZEK, Francisco. *Direito internacional público. Curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 1984, 4. ed. p. 138.

outorgar os elementos de regimes jurídicos internos e internacionais, além de distinguir princípios de regras meramente técnicas.¹³²⁶

Pode-se então perceber, através de uma interpretação dogmática, que é plenamente factível, afirmar-se que os princípios gerais do direito são fontes jurídicas subsidiárias expressamente previstas pelo ordenamento brasileiro. Mas nada obstante terem origem próxima no direito internacional sua origem remota encontra-se no direito natural. Mas, desse mesmo ponto de partida aporta-se numa outra conclusão no sentido de que o princípio não pode ser confundido com a norma jurídica estatal-formal,¹³²⁷ mormente quando é a própria lei (norma jurídica estatal) que somente faculta a recorrência aos princípios gerais do direito na solução dos conflitos de interesses, quando ela – lei — for omissa e se constate a existência de lacuna no sistema de direito positivo. Observe-se que não apenas a legislação civil faz-lhes referência, também o código de processo penal no artigo 3º, tratou do assunto ao dizer que: *A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito*. Sem pretender enfrentar o problema da aplicação da analogia no processo penal – tal refoge ao nosso enfoque temático –,¹³²⁸ nesta ciência processual a aplicação dos princípios gerais do direito é considerada por Tourinho Filho como espécie de hetero-integração.¹³²⁹ Mirabete, por sua vez, admite expressamente sua recorrência ao processo penal com o escopo de supressão de lacuna no ordenamento processual.¹³³⁰ Também a Consolidação das

¹³²⁶ Vejamos *ipsis literis* a posição do autor: “Em concepção mais aceita, a expressão ‘princípios gerais do Direito’ refere-se às proposições de base ou ‘proposições primeiras’, escritas ou não escritas, que dominam os grandes sistemas jurídicos contemporâneos por sua importância, generalidade e caráter abstrato, que lhes permite, por meio de um processo de transformação e de adaptação, fornecer os elementos de um regime jurídico suscetível de ser aplicado a situações concretas de caráter interno ou internacional. Essa definição possui a vantagem, por um lado, de distinguir princípios de meras regras técnicas, e por outro, de ser aplicada a todos os princípios, sejam eles comuns a vários ordenamentos jurídicos internos, a cada sistema jurídico nacional, ou ao Direito Internacional”. CRETELLA NETO, op. cit. p. 17. Também Hugo Alsina vincula os princípios gerais do direito ao direito internacional. ALSINA, ap. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, op. cit. p. 156.

¹³²⁷ Salvo quando a norma consagra em seu próprio texto um princípio.

¹³²⁸ Por curiosidade interessa transcrever o conceito de Fernando Tourinho, posto que a considera como um princípio: “*Analogia é um princípio jurídico segundo o qual a lei estabelecida para um determinado fato a outro se aplica, embora por ela não regulado, dada a semelhança em relação ao primeiro*”. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, op. cit. p. 154.

¹³²⁹ Ibidem, p. 155-6.

¹³³⁰ Vejamos os seus comentários sobre o artigo 3º do CPP: “O artigo 3º considera também como fontes suplementares da lei processual os princípios gerais do direito, premissas éticas extraídas da legislação e do ordenamento jurídico em geral. São eles estabelecidos como a consciência ética do

Leis do Trabalho, no artigo 8º diz que as autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. O parágrafo único deste artigo ainda acrescenta que o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

A bem do rigor técnico, a invocação dogmática do princípio requer atividade judicial de integração (hetero-integração) do direito, pois pressupõe a existência de “lacuna” e não de simples omissão exigindo atuação judicial adstrita não apenas à seara meramente interpretativa, pois que está a envolver exercício hermenêutico. E quanto a isso não se pode abstrair que a LICC irradia eficácia jurídica sobre todo o sistema dogmático brasileiro, pois é tida por todos como uma super norma.

Como se vê, tudo está a depender da corrente filosófica adotada. A este respeito, existem no Brasil, pelo menos, três correntes doutrinárias acerca do conceito dos princípios gerais do direito: a corrente positivista, a filosófica e a do direito natural, que, a bem da verdade, não vemos como não enquadrá-la na corrente filosófica,¹³³¹ muito embora nem toda corrente filosófica seja jusnaturalista, vejamos.

povo em determinada civilização e podem suprir lacunas e omissões da lei, adaptados às circunstâncias do caso concreto. O direito processual penal está sujeito às influências desses princípios como os referentes à liberdade, à igualdade, ao direito natural, etc”. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1999, 35. No mesmo sentido de admitir os princípios gerais do direito como fontes suplementares do direito processual penal brasileiro, veja-se Hélio Tornaghi, para quem os princípios têm duplo significado: ora designam os dogmas inferidos do estudo de certa legislação; ora **os princípios de direito natural**. TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1987, 4. ed. p. 27.

¹³³¹ Del Vechio ensina-nos que a designação clássica da filosofia do direito era exatamente “*direito natural*” (*iuris naturalis scientia*). Nada obstante alguns escritores antigos terem feito uso da designação: “*philosophia iuris*”, somente no início do século XIX a expressão *filosofia do direito* sobrepujou a *iuris naturalis scientia*. O motivo dessa rejeição deveu-se à reação iluminista contra a especulação metafísica do pensamento desenvolvida pelos adeptos do direito natural, que, sem dúvida, cometeram excessos. A partir de então se passou a sustentar que a filosofia do direito deveria desviar a atenção do ideal *abstrato* para um horizonte concreto, ao fato histórico e positivo do direito (antes desprezado). Falando sobre o equívoco histórico dos partidários do direito natural Del Vechio registra que: “*Esta mudança de rumo teve a sua razão de ser na atitude dos antigos cultores do ius naturae, pois,*

4.1. A corrente positivista.

Os filiados à corrente *positivista* rechaçam a idéia da vinculação dos princípios ao direito natural, havendo quem admita três espécies de princípios gerais do direito: 01- os derivados indutivamente das normas particulares do ordenamento jurídico; 02- os harmonizados com os valores de certa cultura e de determinado tempo, tais como os extraídos das idéias políticas, sociais e jurídicas; 03- os derivados do substrato comum aos povos civilizados (ou a alguns) em determinado momento histórico. Depois, Oscar Tenório, para quem, não sem incontestável equívoco, *data maxima venia*, o direito natural é anti-histórico e antijurídico,¹³³² os princípios gerais do direito são princípios fundamentais das

cometendo grave erro de desprezar o material histórico, estes entregaram-se não raro, com manifesto exagero e fora de propósito, a especulações metafísicas”. DEL VECHIO, Giorgio, op. cit. p. 309.

¹³³² A lúcida opinião de Vicente Ráo demonstra que não se deve confundir os princípios de direito natural (imutáveis), com os preceitos que orientam sua aplicação (estes sim mutáveis), *verbis*: “A imutabilidade dos princípios de direito natural precisa, entretanto, ser entendida em seus justos termos. Desde logo, uma distinção se impõe entre, de um lado, os princípios considerados em si e, de outro lado, os preceitos que consagram os modos de sua aplicação. Aqueles por serem abstratos, são universais e imutáveis; estes, pois que consistem em regras práticas, acompanham as contingências próprias de cada povo e com elas se transformam e aperfeiçoam”. RÁO, op. cit. p. 75. Vejamos a seguir trecho de nossa dissertação de mestrado transformada em livro, dando notícia desse fenômeno: “Ao tratar do direito natural, Abbagnano distingue duas fases fundamentais da sua história. Numa primeira etapa – antiga – era tido como participação da comunidade humana na ordem racional do universo. Deve-se aos estoicos a primeira formulação dessa doutrina, onde a participação dos seres vivos na ordem universal acontece por meio do instinto para os animais e através da razão para os homens. Na segunda – moderna – o direito natural é tido como disciplina racional indispensável às relações humanas, mas independente da ordem cósmica e do próprio Deus. Naquela primeira fase, a divindade era parte integrante e vital de todo o processo de criação e aplicação do direito, havendo também uma preocupação em integrar racionalmente o homem na ordem cósmica. Estes aspectos caracterizaram o primeiro momento do jusnaturalismo, que somente veio a sofrer mutações com o advento do pensamento de Hugo Grócio, quando passou a ser concebido como uma técnica racional de convivência humana afastando-se a divindade do processo jurídico e pondo em seu lugar a razão. Concebia-se a existência de uma lei eterna anterior à vontade humana e também precedente à própria vontade divina, imutável tanto por Deus quanto pelos homens, correspondendo à própria essência das coisas. Grócio laicizou o direito natural de conteúdos espirituais e favoreceu a valorização da razão. Hobbes, continuando a pôr a razão em lugar da divindade, evolui, passando a considerá-la como instrumento falível. O direito natural seria produto da razão humana, porém passível de falha, eis que a razão era compreendida como o raciocínio de cada indivíduo. O direito natural concebido por Hobbes fundava-se no egoísmo natural dos homens, como aquilo que o homem deve praticar para galgar uma convivência o mais duradoura possível do grupo e dos seus componentes. Assim como Grócio, Hobbes identifica-o como uma técnica de convivência social. Com Samuel Pufendorf, a escola do direito natural apresentou-se com forma típica, abordando o problema da distinção entre

direito e teologia, distinguindo também o direito natural do direito positivo, alertando para uma possível antítese entre ambos existente. (Cf., DEL VECCHIO. *Lições de Filosofia do Direito*. p. 98 e seguintes). Dentro desse novo contexto histórico surge John Locke, cuja razão em sua proposição, alcança um patamar nunca dantes visto. A época era a do século das luzes, onde o intelectualismo e o racionalismo constituíram a tônica maior do espírito deste período. A concepção do jusnaturalismo volta-se agora para o indivíduo e sua liberdade perante o Estado, reservando-se espaços onde o homem estaria imune à interferência estatal. (Veja-se MONCADA, Cabal de. *Filosofia do Direito e do Estado*, p. 200). A filosofia sofre grandes modificações e aperfeiçoamentos com Emmanuel Kant, para quem a razão era o ponto vital do conhecimento, condicionada, porém, a leis externas e a categorias segundo as quais ela mesma funciona. Para Kant o direito natural constitui-se numa forma racional, a priori, referente às relações dos homens entre si ainda no estado de natureza e o seu conceito corresponde à possibilidade de realização da justiça entre eles. Foi com Kant que o direito natural logrou uma nova perspectiva, um novo ânimo, sua atenção direcionava-se para a faculdade da razão em geral, com respeito a todos os conhecimentos aos quais ela pode aspirar, independentemente da experiência. (KANT, em prefácio da primeira edição de *Crítica da Razão Pura*). Com a revolução francesa e a codificação dela resultante, sobrou para o futuro a limitação do direito àquilo que estava contido na lei, representando um verdadeiro abalo à idéia do direito natural, na medida que à razão dos conteúdos jurídicos são impostos limites: as fronteiras estabelecidas pela própria lei. Viceja aí, a escola da exegese, adotando uma postura meramente interpretativa do conteúdo legal, proporcionando o surgimento da pretendida neutralidade axiológica do direito, no sentido de que se o valor é relevante ou necessário, estará contido - positivado - na norma estatal, caso contrário seus destinatários não terão como se contrapor à vontade formal, pois ela mesma já conteria em si o resultado das escolhas valorativas relevantes. Neste contexto o direito natural aparenta ser uma idéia reduzida à teologia ou à metafísica. O positivismo jurídico apresenta-se como um pensamento flagrantemente antijusnaturalista, não podendo o direito natural ser concebido como uma ideologia ou pensamento intocável, imutável. Num determinado momento de sua história, entretanto, o dogmatismo legal começa a ser vergastado e aos poucos sua feição vai-se alterando ante a influência de escolas contrapostas, a exemplo da teoria do direito livre de Kantorowsk que o atacava porque reduzia a atividade do magistrado a uma tarefa simplesmente aplicativa da lei, suprimindo qualquer convicção pessoal do julgador. Opuseram-se ainda ao positivismo, as vertentes sociológicas do direito contrapondo-se a uma interpretação meramente formal não valorativa das prescrições estatais legislativas. A reabilitação do direito natural é buscada por Stammler, filósofo neokantiano, a partir das doutrinas de Kant, tentando impingir-lhe uma concepção formalista. Na tentativa de estabelecer um sistema de validade eterna do direito natural, Stammler percebe que não o pode atrelar a qualquer conteúdo específico, porque sua essência está fadada a alterar-se com o desenvolvimento da história. A concepção formal de um direito natural, existe, e se constitui na busca pela justiça, porém, o seu conteúdo material modifica-se concretamente à medida que se alteram as situações e os contextos humanos. Stammler rompe com a velha concepção jusnaturalista ao mencionar a impossibilidade de conteúdos empíricos deterem validade incondicionada, universal e eterna. (RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*, p. 77 e segs). Atualmente toda esta dicotomia, entre direito natural e direito positivo, segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior, está bastante enfraquecida. A atual influência do direito natural, ainda existente, provém do século XVIII onde, sob o império do racionalismo jurídico, era concebido como um conjunto de direitos e deveres aplicados às relações entre os homens de maneira análoga à que se aplica o direito posto pelo Estado formal. Fora nessa fase histórica que o direito natural adquiriu o status de uma “genuína disciplina jurídica”. A duplicação do sistema jurídico pressupunha que acima das relações regidas pelo direito posto, pairava o conjunto dos direitos naturais. O direito natural era reconhecidamente superior ao direito positivo e esta superioridade, constituiu-se no marco do início da filosofia do direito como disciplina autônoma. A idéia de um direito natural autônomo, no entanto, começa a decair a partir do início do século XIX, e somente vem a ganhar novas forças nas primeiras décadas do século XX. Embora se mantenha até os dias atuais, aquela dicotomia, a nível prático, enfraqueceu-se consideravelmente resumindo-se a discussões acerca da proteção dos direitos invioláveis do homem contra o próprio Estado. O direito natural na atualidade encontra-se “positivado”, a exemplo de algumas normas constitucionais que, com status de cláusulas pétreas, albergam direitos fundamentais do cidadão. Este fato contribuiu para o enfraquecimento da dicotomia ora falada, acarretando a trivialização do direito natural, a partir do

leis estatais positivas: “que não se encontram expressos, mas que constituem pressupostos lógicos necessários das normas legislativas”.¹³³³

Orlando Gomes rejeita a tese que busca no direito natural e na equidade sua base de fundamentação teórica, pois careceriam de consistência jurídica, mas admite-os, por exclusão, como sendo regras gerais de direito enquadradas no conceito de fonte subsidiária.¹³³⁴ Sílvio Rodrigues, enfim, concebe os princípios gerais do direito como normas cuja função é orientar a elaboração da sistemática jurídica.¹³³⁵

Os pressupostos doutrinários positivistas não parecem, *data venia*, adequados, ao atual momento histórico. A crise do positivismo (1939/45) acarretou mudanças significativas no pensamento jurídico. Autores como Radbruch após a segunda guerra

momento em que todo direito passou a ser logicamente redutível a direitos naturais. (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação, 1990, p. 160-161). O fato é que apesar de o direito natural ter perdido sua força, seu objeto ainda continua presente, inclusive na ciência dogmática do direito, quando, por exemplo, tenta descobrir-lhe substitutos para-universais, como o princípio da legalidade, da autonomia privada, etc.. A tudo isto se acresça a teoria do direito artificial de Vittorio Frosini, que intenta “ressuscitá-lo” e transformá-lo numa ‘jurisprudencia more geometrico’ demonstrata”. PIMENTEL. Alexandre Freire, op. cit. p. 93.

¹³³³ TENÓRIO, Oscar, ap. PEREIRA, Mirian Freire, em Os princípios gerais do direito, *Revista de Direito Civil da editora Revista dos Tribunais*, ano 13, jul/set/1989, p. 51.

¹³³⁴ Segundo Mirian Freire Pereira, Orlando Gomes não admite que os princípios gerais do direito possam revestir-se do caráter do direito normativo: “A teoria do Direito Natural é uma explicação fundada em conceito metafísico, objeto de debates apaixonados e intermináveis, e a da equidade é uma redundância. Admitindo-se, por exclusão, a terceira teoria (menção a tese que considera os princípios gerais do direito como regras jurídicas subsidiárias), embora se seja forçado a reconhecer que os princípios gerais estão compreendidos nas outras fontes, pode-se, contudo, fixar o conceito de modo mais inteligível, mais concreto e mais preciso, através da classificação de suas variedades”. Ap. PEREIRA, Mirian Freire, op. cit. p. 52. Consultando o próprio autor, temos a sua opinião detalhada: “Os princípios gerais do Direito poderiam ser cogitados como uma de suas fontes formais, se definidos como a cristalização, em termos abstratos, do conjunto de preceitos normativos do ordenamento legal. Noutra significação, sua exposição não interessa na sede desta matéria, mas, sim, na temática da interpretação da lei, por isso que servem para preencher lacunas e ajudam a determinação do alcance e do verdadeiro sentido da lei (...) Não devem ser entendidos como princípios de validade geral, segregados pelo direito natural ou pelo direito justo, e absolutos, mas como princípios histórico-concretos, pertencentes a determinada ordem jurídica”. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 49.

¹³³⁵ Com efeito, ao comentar o artigo 4º da LICC, especificamente o que designa a expressão *princípios gerais do direito*, são estas as palavras do grande civilista: “A expressão (princípios gerais do direito) é por demais ampla e muitos entendem que é aos princípios de direito natural que o legislador manda recorrer. Talvez mais valha atribuir à expressão um sentido diferente, pois parece-me que o legislador quer referir-se àquelas normas que o orientam na elaboração da sistemática jurídica, ou seja, àqueles princípios que, baseados na observação sociológica e tendo por escopo regular os interesses conflitantes, impõem-se, inexoravelmente, como uma necessidade da vida do homem em sociedade”. RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil. Parte geral*. Vol. I. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 22-3.

mundial modificaram o seu modo de conceber o direito e, principalmente, a justiça,¹³³⁶ Otto Bachof chegou a defender a inconstitucionalidade de normas jurídicas constitucionais que ferissem outras normas positivadas na Constituição ou, o que é mais importante e revelador da decadência do pensamento jus-positivista, se colidissem com normas sociológicas, ou, ainda, se se chocassem com o direito supralegal.¹³³⁷ Com Cahim Perelman vê-se nitidamente que após o processo de Nuremberg, com a demonstração de que Estados poderiam elaborar leis criminosas, o positivismo perdeu força e adeptos. Contrariamente, na medida inversa, fortaleceu-se a idéia de elaboração de teorias que visassem também a efetivação da justiça e da moral nas decisões judiciais. Este fenômeno não contou apenas com a adesão dos tradicionais partidários do jusnaturalismo, mas também com vários autores positivistas, inclusive.¹³³⁸

O argumento de que o direito natural é anti-histórico e antijurídico não subsiste a uma análise mais bem aprofundada da sua fonte inspiradora que, nos seus primórdios, derivava do poder divino e evoluiu, historicamente falando, para a razão humana, mas adstrita a um conteúdo imutável, até que os iluministas conferiram-lhe mutabilidade mesmo que a razão humana continuasse a ser sua fonte inspiradora e até que, enfim, Vittorio Frosini propôs a teoria da *giuritecnica* na qual o direito artificial aufere sua base teórica numa jurisprudência *more geometrico demonstrata*. Dizer que isso não se constitui numa evolução histórico-jurídica é algo não razoável.¹³³⁹

4.2. A corrente filosófica.

Alguns autores admitem a existência de princípios gerais do direito para além daqueles que são contemplados pelo ordenamento jurídico, mas não os enxergam no direito

¹³³⁶ RADBRUCH, Gustav. *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1962.

¹³³⁷ BACHOF, Otto em *Normas constitucionais inconstitucionais*. Tradução por José Manuel M. Cardoso da Costa. Lisboa: Atlântida Editora.

¹³³⁸ PERELMAN, Cahim. *Lógica jurídica*. Tradução por Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 184.

¹³³⁹ Aliás, sobre a evolução histórica do direito natural veja-se a nota nº 51 deste capítulo.

natural, razão pela qual são agrupados nesta corrente dita *filosófica*. Neste contexto os princípios gerais do direito são concebidos como os correspondentes ao ordenamento inerente às relações da vida e que inspiram o legislador na feitura das leis. Possuem as características da universalidade, alguns detêm perdurabilidade através dos tempos, outros se adaptam e se amoldam à evolução das vertentes sociais, políticas, filosóficas, econômicas, etc. Outros acham que os princípios gerais do direito constituem-se em variação da *analogia juris*¹³⁴⁰ situando-se em paralelo aos costumes jurídicos, porém lhes atribuem a nota da justiça de modo a dispensar considerações acerca da equidade. A recorrência aos princípios gerais do direito implica na perquirição do pensamento filosófico situado em nível superior ao do sistema dogmático, ou mesmo às idéias estruturadoras do ordenamento. Os princípios gerais do direito possuem o status de cânon, não constituídos sob a forma de preceitos normativos, mas que imanam do próprio espírito inspirador do sistema.¹³⁴¹

4. 3. A corrente jusnaturalista.

Os cultores desta vertente vão haurir o fundamento dos princípios gerais do direito no direito natural, tendo Serpa Lopes chegado a afirmar que o juiz deve “... *se embeber nos valores que informam o Direito, como os princípios jurídicos, os princípios do Direito Natural, os princípios tradicionais, os princípios políticos, e a equidade*”.¹³⁴² Washington de Barros de Monteiro não é um adepto expresso da escola do direito natural, tal conclusão é extraída, no que toca aos princípios, do teor de suas conclusões acerca do tema, onde o mesmo afirma que não se pode deixar de reconhecer a existência de uma “lei” que antecede e que se superpõe ao direito positivo e que determina o respeito a Deus, à

¹³⁴⁰ Sobre a analogia vide item 32.

¹³⁴¹ PEREIRA, Mirian Freire, op. cit. p. 52.

¹³⁴² LOPES, Serpa. ap. PEREIRA, Mirian Freire, op. cit. p. 52.

liberdade e aos bens.¹³⁴³ Vicente Ráo atribui aos princípios gerais do direito força normativa subsidiária à falta de lei e de costume jurídico aplicáveis.¹³⁴⁴

Ráo adota o método de investigação sucessiva,¹³⁴⁵ pelo qual o juiz deve, primeiramente, através de processo de generalização, buscar os princípios gerais do direito no sistema de direito positivo. Se a busca não lograr sucesso, então o juiz dever recorrer às leis científicas do direito, ou seja, à ciência jurídica e ao ordenamento jurídico. Se, ainda assim, não se encontrar o princípio a ser aplicado ao caso concreto deve o juiz recorrer, final e sucessivamente, aos princípios da filosofia do direito.¹³⁴⁶

¹³⁴³ MONTEIRO, Washington de Barros de, ap. PEREIRA, Mirian Freire, op. cit. p. 52.

¹³⁴⁴ Este mesmíssimo entendimento vem defendido por Del Vechio: *“O dever de recorrer à analogia e, no caso de ser preciso, aos princípios gerais do Direito, sempre que a controvérsia não possa ser resolvida com a aplicação do preceito expresso na lei, resulta para o juiz, no sistema de direito italiano, do artigo 3º do código civil de 1865 (...) O código de 1942, o qual, neste ponto, marca um retrocesso, substitui-se a fórmula ‘princípios gerais do direito’, por esta outra, assaz menos própria: ‘princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado. Para cada caso deve haver uma norma; se esta não foi expressamente formulada pelo legislador, cumpre ao juiz achá-la com a ajuda dos meios já indicados’*. DEL VECHIO, op. cit. p. 380.

¹³⁴⁵ Este método é aventado por Bobbio como se constata em: *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 158.

¹³⁴⁶ Segundo Ráo o método da investigação sucessiva consiste: *“a) Dos princípios que inspiram o sistema jurídico positivo do qual as disposições particulares fazem parte. O primeiro esforço do investigador, à procura dos princípios gerais do direito, deve recair sobre o sistema jurídico positivo, sobre o todo de que as disposições fazem parte. Reconhece-o Del Vechio nos tópicos supratranscritos e não o desconhece Espínola nos seus comentários à lei brasileira. E sendo a equidade e o direito natural, como são, princípios inspiradores da elaboração e da aplicação do direito positivo, este primeiro exame encontrará apoio, desde logo, nestes princípios. b)- Dos princípios ditados pela ciência do direito. Se esse primeiro processo de generalização não proporcionar a solução da controvérsia, recorra-se em seguida às leis científicas do direito, isto é, à ciência do direito: quando o direito se separou da religião e da moral (baseando-se, embora, nos princípios morais), constituiu-se em disciplina distinta, criando a sua ordem própria, isto é, a ordem jurídica, como resultante do direito objetivo. E como se poderia desprezar a ordem própria do direito, objetiva ou científica, quando se procura uma solução jurídica? c)- Dos princípios ensinados pela filosofia do direito. E se nem a ciência do direito, nem ela, fornecer a regra aplicável à controvérsia, qual é, na ordem crescente de generalização, a outra disciplina que também estuda o direito? É, sem dúvida, a filosofia do direito, que com o direito natural, reúne os princípios primeiros e fundamentais inspiradores de todos os ramos da ciência jurídica, formando a unidade do conhecimento do direito. Dir-se-á, porventura, que esse processo exclui a investigação das condições sociais, ou, para usar a linguagem de doutrina já exposta, exclui o exame da natureza das coisas. Mas qual é o objeto do direito como norma e como ciência e como filosofia, senão o de atender a essas condições sociais, quando regula, ou estuda, a fim de discipliná-las, as relações humanas?”*. RÁO, Vicente, op. cit. p. 275-6. Merece registro que uma parte do texto acima transcrito encontra-se no artigo de Mirian Freire Pereira, p. 53, embora Vicente Ráo não conste da bibliografia utilizada pela autora, exposta na página 55 da obra citada.

Depois, ainda pertencendo à escola jusnaturalista em face dos princípios gerais do direito, tem-se Rubens Limongi França¹³⁴⁷ para quem esses princípios são *regras normativas*. Para embasar sua assertiva o autor invoca: primeiramente, a insuficiência da argumentação negativista; depois, a autoridade dos que defendem a concepção dos princípios enquanto regras normativas; a falta de reconhecimento preceptivo de quase todos os códigos das nações cultas em relação aos princípios; a força da tradição do direito português-brasileiro neste sentido; a chancela das leis em vigor; e, enfim, a insuficiência normativa do ordenamento jurídico.¹³⁴⁸ Ainda deve ser enquadrado nesta vertente, o professor José Soares Filho, pois explicita que o processo de positivação dos princípios gerais do direito requer sua busca e resgate do sítio do direito natural.¹³⁴⁹

4. 4. Crisafulli, Bobbio e os princípios gerais expressos e não expressos.

Na doutrina italiana Crisafulli elaborou uma classificação que admite a existência de princípios gerais do direito **expressos** e **não expressos**. Os princípios expressos subdividem-se em ‘expressos aplicados’ e ‘expressos não aplicados’. Os princípios expressos são os constantes de textos legais e constitucionais, que por possuírem regras com grau de generalização tão elevado inserem-se na classificação de princípios gerais do direito e não no conceito de normas jurídicas, como exemplo tem-se o artigo 2041 do código civil italiano que proíbe o enriquecimento ilícito. Os princípios expressos não

¹³⁴⁷ Que, aliás, considera Vicente Ráo como sendo o autor que escrevera, no Brasil, a melhor obra sobre o assunto. Neste sentido confira-se FREIRE PEREIRA, Mirian, op. cit. p. 54. Esta autora, por sua vez, citando o artigo de Limongi França intitulado *Princípios Gerais do Direito*, afirma: “... depois da obra do Prof. Rubens Limongi França podemos afirmar, sem medo de errar, que pouco se poderá produzir”. É ocioso tecer maiores considerações no sentido de que a autora supra filia-se, sem restrições, à idéia do eminente professor agora em referência.

¹³⁴⁸ FRANÇA, Rubens Limongi, ap, FREIRE PEREIRA, Mirian, op. cit. p. 54-5.

¹³⁴⁹ Referindo-se aos princípios gerais do direito diz o autor que eles: “... ensejam posições descritivas, através das quais os juristas se reportam ao conteúdo do direito positivo em sua generalidade, sendo valorados segundo a idéia do falso e do verdadeiro. Quando utilizados pela jurisprudência para fundamentar decisões, eles se transformam, de princípios descritivos, em princípios positivados, porquanto assumem diretriz objetiva. Ocorre, destarte, como que o resgate deles do universo do direito natural e o seu reconhecimento no interior do direito positivo, ou seja, no ordenamento jurídico de determinado povo”. SOARES FILHO, José, op. cit. p. 160.

aplicados encontram-se geralmente no texto da Constituição, mas que estão a depender de aplicação.¹³⁵⁰ Princípios gerais não expressos são os construídos abstratamente pelo aplicador do direito, através do método de comparação de normas e que representam o espírito do sistema jurídico.¹³⁵¹ Esta classificação é falha quando admite a existência de *princípios gerais expressos*, pois, como acertadamente demonstra Bobbio, tomando por base o artigo 12 do código civil italiano, acima transcrito, se a regra é expressa em norma estatal, onde estaria o fundamento de aplicação motivador da recorrência aos princípios gerais do direito, que se traduz na ‘lacuna’? Se o princípio está previsto na norma não há lacuna, logo de princípio geral não se trata.¹³⁵² Esta conclusão aplica-se ao sistema brasileiro, cuja LICC, o CPP e a CLT, como vimos, para admitir a aplicação de um princípio geral também exige a existência de lacuna no ordenamento.

Na defesa do caráter normativo dos princípios gerais do direito, Norberto Bobbio afirma que eles são normas fundamentais ou ‘generalíssimas’ do sistema, embora confesse que a discussão sobre esse ponto é antiga e não resolvida.¹³⁵³ Fundamentando-se em Crisafulli, Bobbio levanta duas questões fundamentais para demonstrar a condição normativa dos princípios: 01º- porque se se extraem os princípios gerais de outras normas jurídicas, através do processo de generalização sucessiva, conseqüentemente eles

¹³⁵⁰ Diz Crisafulli: “Muitas normas da Constituição são princípios gerais do direito; mas diferentemente das normas do Código Civil, algumas delas esperam ainda ser aplicadas: são princípios gerais expressos não aplicados”. Ap. BOBBIO, Norberto em *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 159.

¹³⁵¹ “Ao lado dos princípios gerais expressos há os não expressos, ou seja, aqueles que se podem tirar por abstração de normas específicas ou pelo menos não muito gerais: são princípios ou normas generalíssimas, formuladas pelo intérprete, que busca colher, comparando normas aparentemente diversas entre si, aquilo a que comumente se chama o espírito do sistema”. Ibidem, p. 159.

¹³⁵² Ibidem, p. 159.

¹³⁵³ Segundo Bobbio: “Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípio leva a engano, tanto que é velha a questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli”. BOBBIO, Norberto, op. cit. p. 158. Segundo Jerzy Wróblewski os temas mais controvertidos em relação a princípios são: “a) a tipológica dos princípios; b) a diferença entre os princípios e as normas como base normativa da decisão jurídica e seu papel na determinação da decisão; c) as fontes dos princípios do direito e sua relação com o direito positivo; d) os conflitos entre os princípios aceitos e sua solução na criação, interpretação e aplicação do direito. A solução para esses problemas não depende unicamente dos conceitos teóricos, sendo também vinculada ao conteúdo do sistema de direito, ao conteúdo das disposições jurídicas e à prática jurisprudencial”. WRÓBLEWSKI, Jerzy em *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 622.

(princípios), por emanarem de normas também possuem essa mesma natureza;¹³⁵⁴ 02º- porque a ‘função’ justificadora da aplicação dos princípios é a mesma que justifica a aplicação das normas, isto é, a regulamentação de um caso concreto.¹³⁵⁵

Que o princípio alberga uma norma não resta dúvida, mas esta norma nem sempre é extraída de outras normas existentes no sistema, como argumenta Bobbio. Não raras vezes o juiz recorre a valores sociológicos, ou a regras sociológicas, que, inegavelmente, não integram o sistema jurídico, mas apenas interdisciplinam-se com ele. Depois, se o princípio é extraído de outras normas devemos considerar o seguinte: ou elas pertencem ao sistema jurídico, mas nesse caso é incorreto falar-se em ‘lacunas’, que se constituem no pressuposto indispensável de admissibilidade de recorrência aos princípios gerais do direito; ou o juiz adotou norma revogada, mas também nesse caso ele extrapolou os limites sistemático-dogmático do ordenamento jurídico; ou, enfim, o juiz recorreu ao direito comparado e também nesse caso os albores sistemáticos restaram ‘quebrados’. Isso demonstra, a nosso ver, que ao recorrer aos princípios gerais do direito internacional o juiz procede de forma hermenêutico-constitutiva, pois o princípio geral do direito ao ser aplicado perde o seu caráter de generalidade de modo semelhante ao que se dá com a norma estatal, a diferença é que no princípio geral quem constrói a norma é o juiz, que leva em conta fatores axiológicos, sociológicos e, principalmente, históricos, ao passo que a norma jurídica é produto de criação legislativa.

5. Princípios, axiologia e norma jurídica.

¹³⁵⁴ A abstração que parte de ‘animais’ não pode redundar noutra coisa que não seja ‘animais’, jamais se poderá partir desse objeto e chegar-se a flores ou estrelas, é o que diz Crisafulli. Ap. BOBBIO, Norberto, op. cit. p. 158-9.

¹³⁵⁵ Arrematando argumenta: “*E com que finalidade são extraídos (os princípios) em caso de lacuna? Para regular um comportamento não regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?*”. Apud BOBBIO, Norberto em *Teoria do Ordenamento Jurídico*, p. 158-9.

Abstraíamos agora a vinculação da expressão *princípios* aos *princípios gerais do direito*. Embora possam os princípios ser extraídos da axiologia e, em sentido inverso, também possam inspirar alguma axiologia, não podem, nada obstante tal reciprocidade conclusiva, ser confundidos com *valores jurídicos*. O princípio deve ser contemplado como um marco orientador a determinar a interpretação de todo um sistema jurídico, ante o qual o exegeta deve curvar-se quando tencionar extrair o real significado sistemático das normas e, ainda, é tido como sinônimo de norma jurídica. Por esta razão Agostinho Gordillo chega a afirmar que princípio: “... é uma norma; mas é mais do que uma norma, uma diretriz, é um norte do sistema, é um rumo apontado para ser seguido por todo o sistema”.¹³⁵⁶

A concepção dos que se dedicam ao direito natural imputa ao princípio a condição de *fundamento* do direito positivo. Para alguns positivistas seriam as próprias normas jurídicas integrantes de um dado sistema jurídico. Mas estes diferentes prismas sobre o jurídico não são inconciliáveis, ao contrário, harmonizam-se na medida em que um pensamento não veda nem proíbe o outro.¹³⁵⁷ Lourival Vilanova, por exemplo, sagradamente positivista, expressamente diz que “... o direito natural é o fundamento último, transcendental do direito positivo: é o fundamento de validade”.¹³⁵⁸ Neste mesmo

¹³⁵⁶ GORDILLO, Agostinho, ap. PORTANOVA, Rui, op. cit. p. 13. Em Pedro Nunes encontramos o seguinte sentido para princípio: “Regra, preceito. Razão primária. Proposição, verdade geral, em que se apóiam outras verdades. Conhecimento fundamental de uma ciência ou arte”. NUNES, Pedro, em *Dicionário de tecnologia jurídica*. São Paulo: Freitas Bastos, 1965, p. 312. Atribuindo aos princípios o caráter de normas que se superpõem às normas jurídicas De Plácido e Silva diz: “No sentido jurídico, notadamente no plural, quer significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. E, assim, princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixaram para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando assim a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. Dêse modo exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica. Mostram-se a própria razão de ser das coisas jurídicas, convertendo-se em perfeitos axiomas. Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o alicerce do Direito. E nessa acepção, não se compreendem somente os fundamentos jurídicos, legalmente instituídos, mas todo axioma jurídico derivado da cultura jurídica universal. Compreendem, pois, os fundamentos da Ciência Jurídica, onde se firmaram as normas originárias ou as leis científicas do Direito, que traçam as noções em que se estrutura o próprio Direito. Assim, nem sempre os princípios se inscrevem nas leis. Mas, porque servem de base ao Direito, são tidos como preceitos fundamentais para a prática do Direito e proteção aos direitos”. SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico*. São Paulo: Forense, 1975, p. 1220. Grifamos.

¹³⁵⁷ MACHADO, Hugo de Brito. *Os princípios jurídicos da tributação na constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1989, p. 10, onde o autor aponta esta alternativa conciliatória.

¹³⁵⁸ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 2. ed. p. 132. Embora aqui mesmo nesta Faculdade o ilustre professor Cláudio Souto tenha tentado demonstrar a “*Irrealidade jurídico-definitiva do direito natural*”, através de uma visualização do fenômeno jusnaturalista, em trabalho que logrou o título entre aspas e que foi publicado em 1960, aqui mesmo no Recife. No capítulo VI,

sentido a constitucionalização dos direitos e garantias individuais no texto da Constituição formal representa uma efetivação do direito natural, como bem observa Ivo Dantas, inexistindo choque ou conflito entre as categorias *jusnatural* e *juspositiva*.¹³⁵⁹

Uma parte considerável da doutrina atribui aos princípios o *status* de norma jurídica com reconhecida hierarquia sobre as demais. A distinção da *norma-princípio* das demais decorre da importância que ela detém para com o sistema jurídico no qual está inserida. E esta importância deriva de sua grande abrangência, universalidade e perenidade. Daí que a desobediência a um princípio se constitui num fato muito mais grave que a desobediência a uma simples norma. O Princípio, como se tem afirmado na doutrina, se constitui num mandamento nuclear do sistema jurídico, devendo ser entendido como uma disposição fundamental que irradia conseqüências sobre as demais normas. Sobre estas possui supremacia, não importando se forem ou não normas constitucionais.¹³⁶⁰

Por conta disso, Souto Maior Borges entende que a violação de um princípio que se encontre albergado pela Constituição¹³⁶¹ importa em verdadeira ruptura da ordem constitucional e, por isso mesmo, significa uma inconstitucionalidade de conseqüências bem mais severas que a de uma norma constitucional não principiológica.¹³⁶²

tenta-se demonstrar que o renascimento do direito natural ocorrido na segunda metade do século XX, representou, ao mesmo tempo, a sua própria morte jurídica. A esse entendimento muito se assemelha o de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, para quem a positivação de preceitos *jusnaturalísticos* representou o fenômeno da *trivialização* do direito natural. Parece, todavia, que nem numa hipótese nem noutra o direito natural tenha deixado de existir ou de representar o fundamento de validade do direito positivo.

¹³⁵⁹ Por fidelidade ao texto do autor, confirmemos o seu entendimento: “*Para finalizar, lembramos que não há choque entre as duas espécies de Direito, ou seja, entre o Direito Natural e o Direito Positivo. Este – e é o caso dos Direitos Individuais constitucionalmente assegurados – torna efetivo aquele, na medida em que positiva, através dos elementos cogentes do poder político, os princípios que são parte integrante e inalienável à própria condição do ser humano: os direitos naturais ou o sentimento permanente de Justiça*”. DANTAS, Ivo. *Instituições de direito constitucional brasileiro*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2001, p. 397.

¹³⁶⁰ MACHADO, Hugo de Brito, op. cit. p. 11, onde o autor corrobora o pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello. A idéia de que princípio representa o mandamento nuclear de um sistema jurídico vem encontrada, também, em José Afonso da Silva para quem a expressão princípio, no Título I da Constituição Federal, onde se lê “*princípios fundamentais*”, deve-se entender esta noção de mandamento nuclear de um sistema. Confira-se SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo* São Paulo: Malheiros, 1992. Certo, contudo, que não é de princípios gerais do direito do que se está a falar, mas de princípios jurídicos.

¹³⁶¹ Observe-se que se está a falar de princípios gerais do direito.

¹³⁶² BORGES, Souto Maior, ap. MACHADO, Hugo de Brito, op. cit. p. 11.

O princípio alberga “sempre” um valor lógico ou ontológico (no sentido acima explicado), como tal é de se admitir que abriga também um comando preceptivo-normativo, mas tal não se confunde com o conceito de ‘lei’ (no sentido de regra), posto que a norma principiológica é extraída através de processo hermenêutico-constutivo de ‘ponderação’ axiológica, circunstância que não se verifica quando da aplicação da norma emanada do parlamento.

6. Fundamentos sociológicos dos princípios.

O substrato de um princípio jurídico decorre de uma verdadeira miscigenação de valores, incluindo-se valores sociais, éticos, religiosos, políticos e econômicos. Princípio é, assim, o somatório de valores que incorporam as vestes de normas jurídicas. Neste sentido, é representado por Zélio Furtado através da seguinte fórmula: **P. = C. + N.** Para tanto, entenda-se: **P** como o ícone representativo de princípio; **C** como sendo os valores que conformam o substrato – conteúdo – do princípio; e por **N** a norma que positiva o princípio. Explicando sua teoria, e partindo do princípio de direito penal que determina a retroatividade da lei mais benéfica, o autor oferta-nos o seguinte exemplo:

“**P** = princípio: da retroatividade da lei penal mais benigna;

C = conteúdo: o sentimento de piedade;

N = norma: redução da pena”.¹³⁶³

Muito embora se deva admitir que a sociologia jurídica seja capaz de fornecer substratos para a criação de princípios jurídicos,¹³⁶⁴ não se pode afirmar que toda norma

¹³⁶³ FURTADO, Zélio. O conteúdo sociológico na criação dos princípios jurídicos. *Revista da ESMAPE (Escola Superior da Magistratura de Pernambuco)*, volume 01, nº 02, nov, 1996, p. 79-89.

¹³⁶⁴ Cláudio Souto já pregava há vários anos que os saberes jurídicos básicos: filosofia, dogmática e sociologia, estão fadados a se interdisciplinar. SOUTO, Cláudio. *Ciência e ética no direito*. São Paulo: Fabris, 1992.

jurídica esboce um princípio jurídico, assim como não é também defensável que toda norma esboce um conteúdo sociológico. Nos parece, também, óbvio que nem toda norma jurídica expresse conteúdo ético, pois nem toda norma é elaborada partindo-se da realidade sócio-cultural para, em seguida, eleger conteúdos axiológicos, algumas delas fundamentam-se, exclusivamente, em exigências meramente procedimentais.¹³⁶⁵

Vê-se que pela teoria de Furtado todo princípio denota um conteúdo axiológico, no que está correta, considerando que sua extração dá-se sempre orientada pela axiologia e que este conteúdo é redutível à determinada norma. Não se pode olvidar, porém, que nem toda norma jurídica possui conteúdo sociológico, como se verifica naquelas que nada mais fazem do que atribuir competência para prática de determinados atos legislativos e administrativos, por exemplo. Não é, assim, sustentável que tal norma albergue um princípio e nem mesmo qualquer conteúdo sociológico-jurídico.

É certo que, uma vez positivado o princípio, é inegável que ele possui sobreposição hierárquica sobre as demais regras jurídicas não principiológicas, todavia, e agora estaremos a analisar o problema do ponto de vista estritamente dogmático, tal sobreposição deriva não mais do fato de ele ser apenas princípio, mas pelo fato de ele (princípio) ser norma jurídica e norma jurídica principiológica.¹³⁶⁶ Neste contexto, ao aplicar a lei o juiz deve percorrer o caminho inverso do percorrido pelo legislador para a elaboração da norma, em vez de partir do fato para a norma, irá da norma para o fato.¹³⁶⁷

¹³⁶⁵ Em sentido contrário José Cichoki Neto afirma que: “*Em verdade, toda norma jurídica transporta consigo uma valoração ética, adquirida no momento de sua criação e dada por fautor. De fato, o legislador, em seu processo de criação, vasculha a realidade sócio-cultural e elege determinados atos, fatos e condutas sob o prisma axiológico, regulamentando-os*”. CICHOKI NETO, José. Princípios informativos da interpretação progressiva das leis. *Revista de Direito Civil (Revista dos Tribunais)*, ano 14, out-dez/1990, p. 107.

¹³⁶⁶ No tocante à problemática dos princípios jurídicos nas relações internacionais, Verdruss se refere aos princípios de direito dos povos civilizados como sendo aqueles concordantes e encontrados nos ordenamentos jurídicos de vários povos que possuem em comum determinado grau de civilização, ou afinidades culturais com perceptíveis similitudes em seus sistemas jurídicos e que são aplicáveis às relações internacionais. Segundo o autor estes princípios não pertencem ao direito natural, mas sim aos direitos positivos dos “povos cultos”. Além de não pertencerem à seara jusnatural, também não se confundem com os princípios gerais do direito. VERDRUSS, ap. Iêdo Batista Neves. *Vocabulário enciclopédico de tecnologia jurídica*.

¹³⁶⁷ Neste sentido Sílvio Rodrigues invoca o artigo 1º do código civil suíço: “*Uma solução de alto interesse para o problema das lacunas da lei é apregoada pelo legislador suíço. Dispõe o art. 1º do Código Civil suíço que, no silêncio da lei e não havendo um costume a regular uma relação jurídica, deve o*

Neste itinerário leva-se em conta não apenas os valores inspiradores da norma, mas também os valores supervenientes ao fato legislativo e apanhados no processo no qual o juiz aplica o direito.¹³⁶⁸ Mesmo admitindo como necessária e adequada a teoria germânica que põe os princípios ao lado das regras jurídicas, sendo ambas espécies do gênero *norma jurídica* e devendo-se dar prevalência àqueles quando colidirem com estas, não inserimos uma tal teoria no terreno da dogmática. Uma coisa é reconhecer que os princípios têm natureza normogenética, no sentido de que inspiram a criação de regras jurídicas, mas não de todas as regras.

7. Princípio e lei: material e formal; enquanto norma e enquanto medida; geral e particular.

A expressão *lei* admite várias significações, etimologicamente encontra-se na Grécia a designação '*nómos*', no latim '*lex*', no alemão '*gesetz*', no italiano '*legge*', no inglês '*law*', no francês '*loi*'. Esta palavra tem dupla força: uma intelectual; outra volitiva, sendo ambas características do ser humano. Além disso, designa significações distintas em conformidade com a ambiência na qual é empregada.¹³⁶⁹ Passemos à verificação de algumas classificações.

01- Quanto ao seu processo de elaboração, a lei pode ser **formal ou material**: com o advento do Estado liberal o princípio da legalidade passou a exigir que a lei fosse elaborada pelo parlamento e que todas as autoridades constituídas deveriam submeter-se à suas prescrições. A partir de então: *formal* passou a ser a lei emanada do parlamento que obedece ao processo legislativo estabelecido na Constituição, é lei em sentido estrito posto que na repartição de funções de poder, ao Legislativo compete editar leis;¹³⁷⁰ *material* é a

juiz decidir '*segundo as regras que ele estabelecerá se tivesse de agir como legislador*'.
RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil. Parte geral*. Vol. I. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 23.

¹³⁶⁸ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 113.

¹³⁶⁹ MACEDO, Sílvio de. *Lógica e metodologia das ciências*. Maceió: Livraria Universitária, 1975, p. 60.

¹³⁷⁰ Segundo Christian Starck: "*ley en sentido formal es todo acto de voluntad del legislador manifesto a través del procedimiento prescrito en los preceptos jurídico-constitucionales; en este sentido formal,*

lei considerada em seu sentido amplo, é a lei enquanto proposição normativa, e tal norma tanto pode obedecer ao processo legislativo constitucional quanto, ao contrário, pode emanar simplesmente do poder administrativo regulamentar dês que obedeça às limitações prescritas nas leis e na própria Constituição.¹³⁷¹ Neste contexto merece relevo a distinção entre o *princípio da legalidade* e o *princípio da reserva legal*: aquele representa exatamente o dever de obediência à lei enquanto considerada como ato emanado do aparelho legislativo do Estado; este estabelece que determinados assuntos somente podem ser tratados e regulamentados através daquela mesma lei oriunda do parlamento (lei formal).¹³⁷² O poder regulamentar-administrativo, portanto, apesar de proporcionar a formulação de atos normativos considerados como lei material, é limitado pela própria lei que o restringe e, ao mesmo tempo, o regulamenta.¹³⁷³

02- Na Alemanha considerando a estrutura do Estado de Direito, elaborou-se uma doutrina que distingue a *lei enquanto norma e enquanto medida*. A estrutura formal do Estado de Direito exige que se distinga o *normar* do *obrar*. Quando o constituinte estabelece um ordenamento constitucional positivo sua intenção é a de criar uma ordenação justa e racional. Paralelamente a isso, todavia, o constituinte também prevê uma ação, uma medida, orientando uma finalidade concreta e específica estabelecendo uma relação entre direito e fim. Aspiram-se os fins e ordenam-se os meios necessários para concretizá-los. A

el legislador es el trabajo conjunto prescrito en la constitución, de diversos órganos del Estado, que va desde la iniciativa de la ley hasta su promulgación". STARCK, Christian. *El concepto de ley en la Constitución Alemana*. Tradução de Luís Legaz e Lacambra. Madrid: Ciencia Política, 1979, p. 40.

¹³⁷¹ Voltando a Starck: "... *es toda proposición jurídica, todo precepto jurídico, es decir, toda norma jurídica*". STARCK, op. cit. p. 40.

¹³⁷² Discorrendo sobre os princípios da legalidade e da reserva legal José Afonso da Silva demonstra o seguinte: "*O primeiro significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador. O segundo consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se, necessariamente, por lei formal*". SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 13. ed., p. 402.

¹³⁷³ Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello: "*Nem favor nem restrição que já não se contenham previamente na lei regulamentada podem ser agregados pelo regulamento*". MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, p. 180. Neste contexto insere-se o poder regulamentar dos próprios tribunais de justiça prescrito no artigo 96 da Constituição Federal, quando, por exemplo, confere-lhes atribuição para prover os seus serviços auxiliares. Pois bem, especificamente a respeito da interpretação do artigo 96, I, "b", vejamos a opinião de alguns constitucionalistas: 1º- Manoel Gonçalves Ferreira Filho: "*Cabe aos tribunais prover os cargos de seus serviços auxiliares, na forma da lei*". (Veja-se *Comentários à constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 207); 2º- Pinto Ferreira: "*A organização dos serviços auxiliares e o provimento de seus cargos far-se-á, obrigatoriamente, da seguinte maneira: a) na forma da lei; b) mediante lei ...*". Vide *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 26. 4. v. Grifamos.

lei enquanto norma é ordenada com o escopo de alcançar a justiça e a lei enquanto medida visa a um fim específico. Não é o fato de a lei ser geral ou singular que a enquadrará no conceito de lei-norma ou de lei-medida, pode ser que a lei seja editada tendo em vista regulamentar uma situação particular e enquadrar-se no conceito de lei-norma, desde que estabeleça preceitos de justiça. À lei-medida, por outro lado, falta o critério de justiça, é admitida no âmbito do governo-administração, mas não pode modificar o direito existente.¹³⁷⁴ A intenção do legislador, porém, não pode ser o único meio diferenciador entre a lei-norma e a lei-medida, sendo indispensável considerar-se o efeito objetivo do ato que se pretende alcançar. Uma boa parte da doutrina germânica entende que o conceito de lei-medida com o fim de se estabelecer mais um conceito de “lei” é inservível. Esta corrente propõe uma mudança de enfoque vertida para os direitos fundamentais, mormente tendo como objeto o princípio da igualdade ou outros princípios fundamentais da Constituição Alemã, a fim de se estabelecer a competência do legislador para aprovar leis.¹³⁷⁵

03- Quanto ao **sentido filosófico**, a lei é concebida por Hildegard Krüger como o preceito jurídico universalmente válido. Este conceito remete para outra discussão: deve a **lei ser geral ou pode a lei ser particular**? O conceito filosófico de lei não veda nem exclui a admissão da lei para regular situações particulares, isto é, de efeitos concretos, na Alemanha, por exemplo, nada obstante o artigo 19 da Constituição vedar a edição leis particulares, em alguns outros dispositivos a lei fundamental admite-as expressamente. Nem mesmo o princípio da igualdade representa um limite contras as leis particulares.¹³⁷⁶ Esta problemática passa pela interpretação do artigo 19 da Constituição alemã, que admite lei para tratamento de situações particulares. A ressalva, entretanto, circunscreve-se à vedação de edição de leis particulares com o escopo de restringir direitos fundamentais, neste caso a lei deve deter caráter genérico: *Cuando de acuerdo con la presente Ley*

¹³⁷⁴ STARCK, op. cit. p. 81.

¹³⁷⁵ STARCK, op. cit. p. 81-2. Mais adiante o autor inscreve: “*La igualdad así entendida no constituye ya un elemento del concepto de ley, sino una garantía autónoma de rango constitucional. La vinculación del legislador al principio de igualdad excluye el concepto de ley general: las legítimas tareas de la actual acción estatal, no puede llevarse a cabo con el concepto de ley del Estado de Derecho*”. Trecho transcrito da página 87, da mesma obra.

¹³⁷⁶ Segundo Krüger: “*...el principio de igualdad permite tratar algo singular y peculiar con arreglo a su particularidad*”. KRÜGER, ap. STARCK, op. cit. p. 84.

Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter general y no estar limitada al caso individual (artigo 19 da Constituição alemã).¹³⁷⁷ No Brasil a situação não difere muito, pois não há proibição de edição de leis de efeitos concretos, tanto que o Supremo Tribunal Federal editou a súmula de nº 266, cujo enunciado prescreve que ‘*não cabe mandado de segurança contra lei em tese*’. A *contrario sensu*, diz a súmula que se a lei possuir efeitos concretos caberá mandado de segurança, se, obviamente, restar ferido direito líquido e certo.

Em resumo, pode-se concluir que a moderna doutrina alemã tende a admitir a norma enquanto gênero e, dentro desta seara, distinguir duas espécies principais: as regras e os princípios.¹³⁷⁸ Aliás, também a doutrina brasileira desde 1975, através de Sílvio de Macedo, já apontava para uma classificação na qual a norma representava uma espécie do gênero ‘lei’, atrelada aos juízos deônticos.¹³⁷⁹ Certo, a bem da verdade, que não se emprestava significação teórica conferida pela doutrina norte-americana, alemã e portuguesa, como agora passaremos a verificar.

8. Princípios jurídico-normativos:

distinguindo normas, princípios (gerais e jurídicos) e regras.

Paralelamente aos princípios gerais do direito que são, como visto, fontes jurídicas subsidiárias cuja natureza é deveras atribulada na doutrina, existem outros que são

¹³⁷⁷ Diz o artigo 19 da Constituição alemã: (1) *Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter general y no estar limitada al caso individual. Además, la ley deberá mencionar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente.* (2) *En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial.* (3) *Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas con sede en el país, en tanto por su propia naturaleza sean aplicables a las mismas.* (4) *Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios. No queda afectado el artículo 10, apartado 2, segunda frase.*

¹³⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Lisboa: Almedina, 1993, p. 168-70.

¹³⁷⁹ MACEDO, Sílvio de. *Lógica e metodologia das ciências*. Maceió: Livraria Universitária, 1975, p. 61.

normas jurídicas primárias, na medida em que foram apanhados pelo fenômeno da positivação. Primeiramente vejamos o fenômeno no âmbito constitucional.

Enfrentando a distinção entre normas, princípios e regras no plano constitucional, Canotilho, partindo de Dworkin e de Alexy, propõe o abandono da doutrina que faz tal diferenciação e sugere que regras e princípios são duas espécies de normas, embora distintas (princípios e regras), são duas espécies pertencentes ao gênero norma.¹³⁸⁰ Existem vários critérios para distinguir os institutos em questão, vejamos: 01- pelo **grau de abstração** – aqui se reconhece que os princípios são normas, mas com um elevado grau de abstração, já as regras são normas com grau de abstração reduzido; 02- pelo **grau de determinabilidade** na aplicação do direito à espécie concreta – os princípios requerem mediação concretizante do aplicador do direito, posto que são espécies normativas vagas e indeterminadas, diferentemente das regras que por serem precisas dispensam mediação para fins de concretização e admitem aplicação direta; 03- pelo **caráter de fundamentalidade no sistema das fontes jurídicas** - os princípios são normas que possuem importância sistemática e de hierarquia estruturante no sistema jurídico, como, por exemplo, o princípio constitucional do Estado de Direito; 04- pela **proximidade da idéia de direito** – os princípios são padrões, modelos jurídicos vinculantes lastreados na exigência de ‘justiça’ ou na idéia de direito, ao passo que as regras podem possuir conteúdo vinculativo meramente funcional; 05- pela **natureza normogenética** – os princípios fundamentam e inspiram as regras, pois estão na base do sistema e por tal motivo traduzem-se na própria razão de ser das regras e, por isso, desempenham função normogenética.¹³⁸¹

Canotilho ainda enfrenta o problema da funcionalidade dos princípios, chegando a conclusão de que eles, diferentemente das regras, são multifuncionais de modo que para além da função meramente normativa também admitem função argumentativa, possibilitando, assim, a revelação da razão jurídico-legislativa de certas disposições, bem como a demonstração de normas não expressas no direito positivo, fato que consagra sua

¹³⁸⁰ Mas, José Soares Filho, citando Bonavides, o precursor dessa distinção foi Jean Boulanger: “*Em nossos dias, segundo a doutrina que vem se firmando no mundo jurídico, não mais se distinguem normas e princípios como espécies do gênero norma de direito. Consoante Paulo Bonavides (1994:239), foi Jean Boulanger o precursor de maior destaque dessa concepção*”. SOARES FILHO, José, op. cit. p. 160.

¹³⁸¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit. p. 167.

função integrativa do ordenamento. Qualitativamente falando, os princípios são normas distintas das demais categorias normativas (regras jurídicas), em razão de: primeiramente, imporem uma otimização compatível com graus diferenciados de concretização a depender das condicionantes fáticas e jurídicas, já as regras enquadram-se necessariamente num dos modais deônticos: impõem, permitem ou proíbem, e que são, ou não, observadas sem permitir balanceamento de valores; os princípios são normas conflituais porque admitem ponderação em caso de conflito conforme o seu peso, as normas não convivem de forma antinômica: uma exclui outra com a qual conflite em face do caso concreto; o conflito entre princípios admite ponderação e harmonização porque eles envolvem apenas *standards* (modelos e padrões), por isso possibilitam a suscitação de problemas acerca da ‘validade’ e de ‘peso’ (no sentido de importância), as regras somente põem problemas pertinentes à validade.¹³⁸²

Na obra de Canotilho aparece nítida a influência de Alexy, Dworkin, Crisafulli e Zagrebelsky. O pensamento de Dworkin, por sua vez, sofre a influência do pragmatismo filosófico de John Rawls e consiste num verdadeiro divisor de águas na teoria do direito religando a filosofia do direito à teoria política, com base numa hermenêutica historicista que realça a importância prática dos princípios.¹³⁸³ Entre o pensamento de Dworkin e o de Nelson Saldanha há uma certa semelhança primicial acerca da proeminência do aspecto hermenêutico e histórico do fenômeno jurídico fugindo ao ultrapassado positivismo analítico, outrora tão festejado na Escola do Recife, por exemplo.¹³⁸⁴

¹³⁸² Ibidem, p. 168.

¹³⁸³ MAIA, Antônio Cavalcanti e SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Os princípios da constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

¹³⁸⁴ SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992; *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, trabalho que se encontra em fase de revisitação e deve merecer dentro em breve uma nova edição; *Teoria do direito e crítica histórica*. Freitas Bastos, 1987; *Da Teologia À Metodologia – Secularização e Crise no Pensamento Jurídico* (Del Rey, 1993); *Velha e Nova Ciência do Direito* (Editora Universitária UFPE, 1974); *Estado de Direito, Liberdades e Garantias* (Vox Legis); *Constituição e Crise Constitucional* (Fasa, 1986); *O Direito Moderno: Experiência, Pensamento e Retórica* (Do Livro: *El Siglo XXI y el Razonamiento Forense*. Editora da Academia de Ciências Sociais de Córdoba, 2000); *Formação da Teoria Constitucional* (Renovar, 2 edição, 2000); *Sociologia do Direito* (Renovar, 4 edição, 1999); *Estado de Direito, Liberdades e Garantias* (Sugestões Literárias, 1980); *História das Idéias Políticas no Brasil* (Senado, 2001).

Sobre o pensamento de Dworkin há autores que enxergam, não sem controvérsia, tendência a um neojusnaturalismo lastreado na principiologia.¹³⁸⁵ Fato é que Dworkin invoca princípios retirados da construção jurisprudencial dos tribunais ingleses e americanos, principalmente, desenvolvidos lentamente através dos processos de estabelecimento dos precedentes judiciais. Também é fato que tais princípios são extraídos da moral, que faz denotar a dependência do racionalismo jurídico sob o racionalismo moral, para concluir que os princípios morais desempenham papel importantíssimo sobre o racionalismo judicial, mormente nas lides de difícil solução. Disso resulta a conclusão acertadíssima, que vem a contrariar a tese central do positivismo, no sentido da distinção entre moral e direito, que para Dworkin é falsa: “*no se puede separar el razonamiento jurídico del razonamiento moral*”, para ele o racionalismo jurídico requer “*la verdad del iusnaturalismo*”.¹³⁸⁶

Com efeito, quando escreve sobre os fundamentos políticos do direito Dworkin enumera dois principais princípios de atuação justa do governo e que irradiarão efeitos sobre o direito processual penal e civil. O primeiro deles refere-se à isonomia: “*... cualquier decisión política debe tratar todos los ciudadanos como iguales, isto é, como tendo direitos iguais a interesse e respeito*”. Esse princípio, porém, não veda o que Dworkin denomina de ‘dano simples’, o qual pode sim ser imposto a uma determinada classe de pessoas tal como acontece, por exemplo, com a tributação sobre a importação de derivados de petróleo. Este princípio estabelece que nenhuma decisão possa impor um risco de dano moral a um cidadão muito maior do que impõe aos outros cidadãos. O segundo princípio pugna pela equidade de sujeição a compromissos abertos e justos, se, por exemplo, as partes deliberam

¹³⁸⁵ Neste sentido vejamos um registro constante do prólogo da edição espanhola de “*Los Derechos en Serio*”, obra pertencente a Dworkin, mas sendo o prólogo de autoria de Calsamiglia, no qual este último autor afirma: “*Algunos autores han interpretado la obra de Dworkin como una nueva versión del iusnaturalismo. Richards sostiene que la ‘interpretación del razonamiento judicial’ ha sido utilizada por Dworkin para defender una nueva forma de iusnaturalismo en oposición al positivismo de Hart*”. Mas a opinião de Calsamiglia é diferente: “*Sin embargo, Dworkin no es un autor iusnaturalista porque no cree en la existencia de un derecho natural que está constituido por un conjunto de principios unitarios, universales e inmutables*”. DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Traduzido por Marta Guastavino. 1. ed. 3ª reimpressão. Barcelona: Ariel, 1997, p. 11.

¹³⁸⁶ Ibidem, p. 11.

que sua sorte deve ser decidida num lance de cara ou coroa, o princípio determina o acatamento do futuro resultado,¹³⁸⁷ mas dêz que possam dispor do direito, obviamente.

Doutro passo, na obra de Alexy verifica-se a formulação de um código de razão prática com a função de balizar o discurso jurídico e complementar as regras desse sistema e, ao mesmo tempo, representar a base de sua justificação e de sua crítica. Tal sistema compõe-se de vinte e duas regras e seis formas de argumento, mas elas são subdivididas em dois básicos grupos. As primeiras são referentes à estrutura dos argumentos: 01- **a regra da não contradição**, que é extraída do princípio da lógica formal e que determina que uma proposição não pode ser, ao mesmo tempo, verdadeira e falsa; 02- **regra da universalidade**, que determina o uso coerente dos predicados utilizados e impõe que apenas os argumentos normativos universalizáveis devem ser considerados;¹³⁸⁸ 03- **regra da clareza lingüística conceitual**, visa possibilitar que os participantes do debate possam, reciprocamente, criticar o uso inadequado da linguagem em suas proposições, consistindo num verdadeiro estímulo à correção lingüística; 04- **regra de verdade das premissas utilizadas**, releva a veracidade das premissas usadas no discurso como argumentos dedutivos. No segundo grupo tem-se regras pertinentes ao procedimento do discurso, vejamos algumas: 01- **forma da completude dedutiva**, pela qual uma norma só deve ser considerada como determinante quando efetivamente as condições de suas aplicações verificarem-se evidenciadas; 02- **forma da consideração das conseqüências**, admite que a qualquer tempo do debate possa-se volver ao argumento de base teórica a fim de se constatar a veridicidade das respectivas premissas utilizadas; 03- **forma argumentativa da ponderação**, tida como prioritária, serve para dirimir conflitos entre regras indicando a que deve prevalecer.¹³⁸⁹

¹³⁸⁷ DOWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução por Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 124.

¹³⁸⁸ Nisto Alexy difere de Perelman: "... para Alexy esse é um critério vinculante, no sentido de que somente os argumentos normativos universalizáveis podem ser levados em conta. Diferentemente, na obra de Perelman, e. g., a idéia de universalidade equivale a um mero 'topos', que sustenta a superioridade do universal sobre o particular (...) o 'topos' da universalidade somente terá importância fundamental quando se tratar de um discurso dirigido ao auditório universal". MAIA, Antônio Cavalcanti e SOUZA NETO, Cláudio Pereira, op. cit. p. 92.

¹³⁸⁹ Ibidem, p. 91-4.

Segundo Dworkin o seu modelo de princípios do sistema jurídico compõe-se por regras e princípios. São os princípios que permitem encontrar uma única resposta correta para os casos nos quais as regras não determinam uma resposta única. A resposta única é a que contém os princípios e suas ponderações mais bem adaptadas à Constituição, às regras de direito e aos precedentes. Mas neste estratagema, o próprio Dworkin admite inexistir qualquer procedimento capaz de demonstrar a resposta correta única. A sua proposta do juiz Hércules, ou seja, que detenha habilidade, sabedoria, paciência e agudeza sobre-humanas, ao qual o juiz humano deve tentar aproximar-se o máximo possível, para encontrar a única resposta correta para o caso concreto é anticientífica. É por considerar que a teoria de Dworkin é insuficiente que Alexy vai acrescentar-lhe a sua argumentação jurídica conformada no conceito de razão prática, para propor a solução pela sua teoria do direito.¹³⁹⁰

Pois bem, inspirado por esta doutrina Canotilho vislumbra um modelo de constitucionalismo ‘aberto’, como proposto por Alexy, que, por seu turno, repita-se, inspira-se parcialmente em Dworkin, onde a Constituição é concebida como “*um sistema aberto de regras e princípios*”.¹³⁹¹ Tem a incomensurável vantagem de preterir o modelo que apenas admitia a existência de ‘normas’ enquanto ‘regras’, o qual representava, segundo Zagrebelsky, um limite ao racionalismo prático que requeria um legalismo exauriente onde as premissas e os resultados das regras jurídicas eram adrede estipulados

¹³⁹⁰ Segundo Alexy: “*La teoría de Dworkin de una única respuesta correcta plantea una gran cantidad de cuestiones (...) los criterios de Dworkin para la distinción entre reglas y principios afectan ciertamente a puntos importantes, pero no al núcleo. Si se los analiza a fondo, queda claro que una teoría de los principios por sí sola no está en condiciones de sostener la tesis de la única respuesta correcta, lo que, sin embargo na hace que disminuya su importancia para la filosofía jurídica, la metodología jurídica y la dogmática jurídica (...) pretendo captar los déficits de la teoría de los principios a través de una teoría de la argumentación jurídica orientada de acuerdo con el concepto de razón práctica. La unión de ambas teorías constituye la base de una teoría del Derecho en la que rige una versión débil de la tesis de la única respuesta correcta*”. ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. 2. ed. Tradução de Manuel Atienza. México: BEFDP – Biblioteca de Ética, Filosofía y Política, 1998, p.8.

¹³⁹¹ Para Alexy a teoria dos princípios oferece um mecanismo adequado para se atacar a tese positivista da separação entre direito e moral. Segundo o autor os princípios diferem-se estruturalmente das regras na medida em que estas se constituem em mandamentos definitivos, ao passo que os princípios são mandamentos de otimização exatamente porque seus comandos impõem que algo seja efetivado na maior medida possível levando em conta as possibilidades jurídicas e fácticas. É em razão desse aspecto dos princípios que eles não exigem a realização integral e absoluta de seu comando, ordenam juízo de ponderação. ALEXY, ap. MAIA, Antônio Cavalcanti e SOUZA NETO, Cláudio Pereira, op. cit. p. 84-5.

em moldes definitivos. Partindo das idéias desses dois autores Canotilho propõe as seguintes premissas inspiradoras para um sistema jurídico baseado numa sociedade pluralista e democrática: 01- **as regras são indispensáveis ao sistema**, mas sua incidência não pode excluir a convivência normativa com princípios, daí que assuntos como a maioria devem ser tratados por regras, pela óbvia conclusão de que uma tal matéria não se compatibiliza com a flexibilização óptima peculiar dos princípios; 02- **da imprescindibilidade dos princípios** - os princípios por representarem valores como os da liberdade, igualdade, dignidade da pessoa humana, são exigências estatais imprescindíveis, pois facultam inúmeros mecanismos de concórdia e de ponderações indispensáveis para a solução dos conflitos; 03- **da função normogenética dos princípios** - os princípios têm função normogenético-sistêmica, porque salvaguardam valores adstritos à justiça e ao direito, e irradiam inspiração na elaboração normativa de regras jurídicas permitindo unir todo o sistema constitucional; 04- **a necessidade de processualização**, eis que tanto princípios quanto regras requerem procedimentos e processos capazes de lhes conferir operacionalidade prática, fazendo com que o sistema constitucional aberto passe da categoria de uma *'law in the books'* para uma *'law in the action'*.¹³⁹²

Pode-se resumir o pensamento de Canotilho sobre a estruturação principiológica da Constituição, partindo-se do geral para o especial, em princípios político-constitucionais e jurídico-constitucionais. **Princípios político-constitucionais** são decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo, são *normas-princípio*, normas fundamentais de que derivam as regras particulares. São princípios constitucionais fundamentais. Constituem as matérias dos artigos 1º a 4º da Constituição Federal do Brasil.¹³⁹³ **Princípios jurídico-**

¹³⁹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit. p. 170.

¹³⁹³ **TÍTULO I -- Dos Princípios Fundamentais.** Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Art. 4º A República Federativa do Brasil

constitucionais são *princípios constitucionais gerais* informadores da ordem jurídica nacional. Decorrem de normas constitucionais e, não raro, são desdobramentos – ou princípios derivados – dos fundamentais, são exemplos: o princípio da supremacia da Constituição; o princípio da constitucionalidade; o princípio da legalidade; o princípio da isonomia, dentre outros. Os princípios fundamentais visam definir e caracterizar a coletividade política e o Estado, bem como enumerar as principais opções político-constitucionais. São a síntese e matriz das demais normas constitucionais e constituem-se dos seguintes princípios: definidores da forma e estrutura de Estado; estruturantes do regime político; referentes à forma de governo; e à organização política. Os princípios fundamentais subdividem-se ainda em: relativos à existência, forma, estrutura e tipo de Estado: *República Federativa do Brasil, soberania, Estado Democrático de Direito* (art. 1º); relativos à forma de governo e à organização dos poderes: *República e separação de poderes* (arts 1º e 2º); relativos à organização da sociedade: *da livre organização social; da convivência justa; e da solidariedade* (art. 3º, I); relativos ao regime político: *da cidadania; da dignidade da pessoa humana; do pluralismo; da soberania popular; da representação política; e direito da participação popular direta* (art. 1º, par. Único); relativos à prestação positiva do Estado: *da independência e do desenvolvimento nacional* (art. 3º, II); *da justiça social* (art. 3º, III); *da não discriminação* (art. 3º IV); relativos à comunidade internacional: *da independência nacional; do respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana; da autodeterminação dos povos; da não intervenção; da igualdade dos Estados; da solução pacífica dos conflitos e da defesa da paz; do repúdio ao terrorismo e ao racismo; da cooperação entre os povos; e o da integração da América Latina* (art. 4º). Quanto à função dos princípios fundamentais, diz-se que têm escopo ordenador, ação imediata e que são auto-aplicáveis. Por fim, temos os **princípios gerais do direito constitucional**, ou seja, os que integram a teoria do Direito Constitucional, como: *o da rigidez constitucional; os referentes ao Poder Constituinte*. O escalonamento canotilhiano classificador da hierarquia entre princípios e regras é posto na seguinte ordem:

rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

primeiro plano → princípios estruturantes; segundo plano → princípios constitucionais; terceiro plano → princípios constitucionais especiais; → quarto plano → as regras constitucionais.¹³⁹⁴

No Brasil, diferente é a compreensão do professor Ivo Dantas, que não concebe as normas como gênero ao qual pertencem os princípios e as regras, para ele princípios e normas representam dois institutos jurídicos distintos. Interpretando a principiologia constitucional brasileira Ivo Dantas adverte que ao lado dos **princípios fundamentais**, que não se identificam através de processo dedutivo, mas se inferem por meio de juízo apriorístico, queda-se uma outra categoria de princípios: a dos **princípios gerais**, vertidos para subsistemas ou setores específicos do ordenamento constitucional. O autor reconhece que ambas as espécies são superiores, hierarquicamente falando, às normas, mas os princípios gerais encontram-se em nível inferior ao dos princípios fundamentais que pairam sobre todas as demais categorias, principiológicas ou normativas.¹³⁹⁵

Daí algumas consequências importantes são reveladas por Ivo Dantas: 01- **admissão de inconstitucionalidade de norma constitucional** - em se admitindo a hierarquia dos princípios fundamentais, qualquer dispositivo ‘constitucional’ (normativo ou principiológico) colidente com seus preceitos traduzirá uma inconstitucionalidade, de ordem material, inclusive, de norma constitucional;¹³⁹⁶ 02- **o preâmbulo como regra constitucional fundamental** -- considerando que o conteúdo material da Constituição representa em si mesmo uma opção ideológica do constituinte, considerando que esta faculdade embute uma representação axiológica, considerando, enfim, que o preâmbulo da Constituição, ao assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, tais como a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, os concebeu como ‘valores supremos’ da sociedade brasileira, deve-se concluir que o próprio

¹³⁹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit. p. 170-182.

¹³⁹⁵ DANTAS, Ivo. *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995, p. 60. Mais adiante em síntese conclusiva arremata: “... a existência de Princípios Fundamentais, representados por esta ou outra expressão, implica uma subierarquia interna. Isso significa que o conteúdo da Constituição nada mais deverá ser do que o desenvolvimento de tais princípios”. DANTAS, op., cit. p. 102.

¹³⁹⁶ Diz Ivo Dantas: “Assim, admite-se a existência de Normas Constitucionais Inconstitucionais. Em outras palavras: dentro da própria Constituição, como decorrência do conteúdo dado pelos ‘Princípios Fundamentais’, poder-se-á identificar norma materialmente inconstitucional”. Ibidem, p. 102.

preâmbulo constitui-se em regra de princípio fundamental, pois os princípios fundamentais devem ser vistos e interpretados em conjunto com o preâmbulo.¹³⁹⁷ 03- **a distinção entre princípios fundamentais e cláusulas pétreas** – cláusulas pétreas são pontos intocáveis da Constituição e no caso do Brasil encontram albergue no parágrafo quarto do artigo 60, que proíbe a deliberação de proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. Pois bem, como já visto acima existem princípios fundamentais que não foram contemplados pelo artigo 60 da Constituição, de modo que, por esse motivo, o professor Dantas conclui que tais princípios admitem alteração pela via da competência constituinte derivada.¹³⁹⁸

De nossa parte entendemos que o preâmbulo da Constituição brasileira deve sim orientar a interpretação de quem pretender determinar o sentido e alcance de qualquer regra constitucional, podendo, portanto, ser considerado como espécie de direito constitucional fundamental, dê que se parta do ‘princípio’ de que direito não é apenas ‘norma’, mas, como ensina Nelson Saldanha, é, também, hermenêutica. Como já se disse: “a lei reina, mas quem governa é a jurisprudência”.¹³⁹⁹ Aliás, José Soares Filho também atribui natureza normativa aos princípios em paralelo a outras categorias normativas (regras jurídicas). Atribui natureza normativa não apenas aos princípios positivados no texto constitucional, mas também àqueles decorrentes do patrimônio histórico da humanidade.¹⁴⁰⁰

¹³⁹⁷ Conferindo a dicção do próprio autor verifica-se o seguinte: “... apesar de o conteúdo material de qualquer Constituição representar em si mesmo uma opção ideológica do constituinte segundo valores consagrados pela sociedade, os Princípios Fundamentais, vistos em conjunto com o Preâmbulo, representam a síntese maior daquela opção. São os Valores Superiores de que fala o art. 1º, da Constituição Espanhola, e entre nós consagrados no texto do Preâmbulo, embora sob a expressão Valores Supremos”. Ibidem, p. 103.

¹³⁹⁸ Vejamos a explicação: “Qualquer outro ‘Princípio Fundamental’ poderá ser modificado pelo processo de emenda e/ou revisão constitucionais, pois só se tornarão imutáveis quando inseridos na categoria de cláusulas pétreas”. Ibidem, p. 103.

¹³⁹⁹ MONCADA, Cabral de. *Filosofia do direito e do estado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 79-80.

¹⁴⁰⁰ Atribuindo natureza normativa aos princípios em ambiência pós-positivista, José Soares Filho acrescenta o seguinte: “A moderna ciência do direito tem consagrado os princípios atribuindo-lhe natureza normativa, ao lado de outros elementos que constituem normas, denominados regras. Importa assinalar que não se trata, apenas, dos princípios insertos no corpo da Constituição e, por conseguinte juridicizados; mas também daqueles que perpassam outros ramos da ciência e, por isso, se aplicam a todas as áreas do conhecimento, como patrimônio comum da humanidade. Ademais, não

Pensamos que o desenvolvimento de uma teoria jurídica que limite o poder constituinte, internamente falando, e, mais ainda, o poder legislativo, em não ultrapassar as garantias humanas *jusnaturalis*, numa realidade de ambiência *neojusnaturalista* fundada no racionalismo construído por uma jurisprudência *more geometrico demonstrata*, haverá de considerar os princípios fundamentais da Constituição como direitos naturais trivializados (no sentido ventilado por Tércio Sampaio Ferraz Júnior), que, em hipótese alguma, admite violação.¹⁴⁰¹ Mas a garantia de não violação desses direitos não deve decorrer simplesmente do fato de estarem eles positivados, outrossim, deriva de serem direitos humanos históricos dos povos civilizados, são preceitos universalmente construídos cuja observância continuará a ser impositiva e deve ser garantida pelos juízes mesmo que haja ruptura do ordenamento constitucional. Imagine-se que o inciso II do artigo 4º da Constituição do Brasil, que garante a prevalência dos direitos humanos, viesse a ser agredido. Tomemos como exemplo o direito à vida, que além de se incluir na categoria dos direitos humanos também se insere no rol dos direitos fundamentais do povo brasileiro e dos estrangeiros que por aqui transitem ou residam.¹⁴⁰² Admitamos a existência de uma ruptura da ordem constitucional e que um novo poder constituinte instale-se e edite uma nova Constituição sem garantir o direito à vida,¹⁴⁰³ mas que, ao mesmo tempo, mantenha a redação do inciso II do artigo 4º. Seria então de se indagar: o direito à vida restaria preservado? É óbvio que a resposta deve ser afirmativa, pois o suporte jurídico desta garantia é de ordem *supralegal*.

Considerando esses argumentos, e tomando como ‘ponto de partida’ o caso concreto da Constituição do Brasil, é defensável que os princípios fundamentais, mesmo não se enquadrando no rol do parágrafo 4º do artigo 60, constituem-se em mandamentos principiológicos inalteráveis, salvo se a alteração tiver por escopo aperfeiçoá-los, garanti-

se confundem com os ‘princípios gerais do direito’, que são extraídos dos ordenamentos jurídicos positivos e exercem a função auxiliar integrativa na aplicação do direito, consagrada nas teses até algumas atrás sustentadas e que se tornam superadas”. SOARES FILHO, José. *A proteção da relação de emprego. Análise crítica em face de normas da OIT e da legislação nacional*. São Paulo: LTr, 2002, p. 157.

¹⁴⁰¹ Defendendo a existência de limites internos ao Poder Constituinte, veja-se SERRANO, Nicolás Pérez. *Tratado de derecho político*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1984. p 463.

¹⁴⁰² Pois o caput do artigo 5º da Constituição, diz: “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:...*”

¹⁴⁰³ Observe-se que a superveniência de guerra não importa em ruptura do direito constitucional vigente.

los ainda mais. De se anotar ainda, na esteira do exemplo exposto no parágrafo anterior, mesmo que a Constituição não garantisse expressamente o direito à vida no rol dos direitos fundamentais e nem mesmo determinasse a observância do inciso II do artigo 4º da Constituição do Brasil, (prevalência dos direitos humanos), ou se se entendesse que a órbita de irradiação de eficácia jurídica deste princípio vertesse-se para o plano internacional, ainda assim, no âmbito das relações internas o direito à vida deveria ser garantido pelas autoridades judiciárias. A Constituição Federal garante, através do parágrafo segundo do artigo 5º, que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos ‘princípios’ por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Este dispositivo não deixa dúvidas quanto à categoria pétrea dos princípios adotados pela Constituição Federal, e consigne-se que o texto não fez, sequer, menção às espécies de princípios.

A doutrina principiológica sobreleva a hierarquia dos princípios sobre as outras espécies de normas, assim, colide com concepções brasileiras hegemonicamente positivistas,¹⁴⁰⁴ revelando o descompasso de alguns na contramão da evolução histórica do direito. O professor Ivo Dantas, por sua vez, delineia uma construção doutrinária que salvaguarda a hierarquia dos princípios em matéria constitucional, com o que não concordamos, pois achamos que diante de um caso concreto o problema do cheque entre princípios resolve-se pelo critério da ponderação. Apesar de distinguir os conceitos de princípios e normas, fugindo, portanto, da orientação acima demonstrada, Ivo Dantas admite a superioridade do princípio sobre a norma na seara dogmático-sistemática garantindo, por argumentação distinta, a efetivação dos valores jurídicos considerados como de maior relevância pelo constituinte.¹⁴⁰⁵

Pode-se concluir que pragmaticamente a idéia de Ivo Dantas garante o mesmo resultado concreto da de Canotilho, Dworkin e Alexy, pois, com argumentos doutrinários

¹⁴⁰⁴ “Assim, urge que o trabalho doutrinário no campo do direito em nosso País contribua para a difusão desta nova constelação do pensamento teórico. Poderá ela, através de sua maior sofisticação e complexidade, fornecer um instrumental metodológico mais compatível com o funcionamento do direito em nossa sociedade, sobretudo no sentido de viabilizar uma interpretação do direito mais preocupada com a realização dos princípios morais e potenciais emancipatórios incorporados em nossa Constituição”. MAIA, Antônio Cavalcanti e SOUZA NETO, Cláudio Pereira, op. cit. p. 96-7.

¹⁴⁰⁵ DANTAS, Ivo. *Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995, p. 61.

incoincidentes, uma e outras, fazem prevalecer os princípios: aquela sem confundi-los com a norma; estas, ao contrário, identificando-os como espécie normativa. Uma interpretação valorativa permite uma espécie de flexibilização do conteúdo literal do preceito normativo estatal, conferindo-lhe uma possibilidade de recriação do direito conducente à consecução da justiça para o caso concreto, ou, do *objetivamente justo*, como prefere Krell. Por outro lado, não é aceitável que tal valoração quede-se condicionada ao juízo estritamente subjetivo do julgador, pelo contrário, haverá de ser *objetiva* outorgando prevalência aos valores eleitos pelo sistema jurídico-constitucional.¹⁴⁰⁶ Os próprios princípios servem como limite ao subjetivismo do julgador, ao mesmo tempo em que permitem a busca de uma solução mais justa pela superação do estrito legalismo, desaguando numa decisão sempre motivada.¹⁴⁰⁷ Tudo isto está a depender tão somente da postura dos juízes: se se apresentarem tímidos estarão a renunciar, como dito por José Carlos Barbosa Moreira, em extrair da Constituição suas maiores virtudes;¹⁴⁰⁸ se forem virtuosos, e exercerem soberanamente a jurisdição, estarão a implementar a justiça pela superação constitucional do normativismo positivista, que somente se auferirá pela admissão de uma ordem jurídica axiológica.¹⁴⁰⁹ Isto demonstra o acerto de Nelson Saldanha em atrelar da idéia de jurisdição à de justiça.¹⁴¹⁰ E é neste contexto que o processo surge como instrumento efetivador da jurisdição e da concreção de um direito justo, legitimado pelo procedimento isonômico ofertado aos contendores.

9. Das espécies de princípios jurídicos.

¹⁴⁰⁶ KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e o controle judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 83, onde o autor demonstra que Jürgen Habermas não admite a equiparação entre princípios e valores: "... no contexto de sua (complexa) Teoria Discursiva do Direito, não faz sentido uma interpretação jurídica vista como 'ponderação de valores'". (Sic).

¹⁴⁰⁷ Esta proposição é encontrada em Luís Roberto Barroso (*Interpretação e Aplicação da Constituição*), que vem citado por KRELL, na obra citada p. 83.

¹⁴⁰⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa, ap. KRELL, op. cit. p. 83.

¹⁴⁰⁹ Ibidem, p. 83.

¹⁴¹⁰ SALDANHA, Nelson. *Estado de direito, liberdades e garantias. Estudos de direito público e teoria política*. p. 54-5.

A polissemia do termo princípio, mesmo fazendo sua adstrição ao universo jurídico, é incontestável, tanto que Jerzy Wróblewski enumera cinco espécies de princípios jurídicos: o princípio positivo; o princípio implícito; princípio extra-sistêmico; princípio-nome do direito; e princípio construção do direito. O **princípio positivo** do direito representa a norma explícita encontrada nos textos positivados envolvendo tanto preceitos legais quanto normas construídas a partir dos dispositivos contidos na lei. **Princípio implícito** é a regra concebida como premissa ou como consequência das normas jurídicas, trata-se de raciocínios (dedutivos = premissa, ou indutivos = consequência) garantidores da validade dos princípios existentes no sistema jurídico-positivo. **Princípio extra-sistêmico** é a regra não pertencente ao sistema jurídico, mesmo assim é tida como princípio, apesar de não se enquadrar no conceito de princípio positivo, nem no de princípio implícito, tendo aplicação no caso de lacuna e que tanto pode ser extraída do direito comparado quanto das regras sociais, da doutrina, dos costumes, ou do direito natural. **Princípios-nomes** são os que caracterizam as notas essenciais de determinadas instituições, tais como o princípio da liberdade contratual, da boa-fé, etc. Estas espécies servem para descrever a sistemática do direito e também representam verdadeiras fontes de elaboração legislativa, bem como interpretativa, donde se conclui que possuem relevância normativa. **Princípios construções** consistem em pressupostos da práxis dogmática, é a construção racional do legislador na elaboração do direito positivo que mesmo sem se enquadrar no conceito de regra exerce influência normativa.¹⁴¹¹

Explicando detalhadamente a distinção entre normas e princípios Ivo Dantas demonstra que: estes são categorias lógicas – poderíamos dizer ‘hermenêuticas’ – tanto quanto possível universais, mas, nada obstante isso, quando incorporados por um dado ordenamento jurídico-positivo passam a refletir a essência da própria estrutura ideológica do Estado representada pelos valores sociais ratificados pelo parlamento; já aquelas não podem ser aferidas através de operação lógica, devem ser expressas não admitindo dedução a partir do sistema genericamente considerado. Tanto norma quanto princípios representam

¹⁴¹¹ WRÓBLEWSKI, Jerzy em *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 621-2.

valores, mas com diferentes níveis de hierarquização onde os princípios situam-se no topo da valoração piramidal.¹⁴¹²

Certo é que a recorrência do juiz a fatores alopoiéticos demonstra que o processo de generalização sucessiva pode ter por base regras sociológicas ou filosóficas e mesmo que a ‘função’ dos princípios gerais do direito seja a mesma da norma jurídica: a regulação de um caso concreto, isso não significa, como afirma Bobbio, que estes dois institutos possam ser confundidos, pois também a analogia e os costumes têm a mesma finalidade reguladora de espécies concretas, mas, nada obstante isso, são institutos inconfundíveis. A função preceptiva dos princípios gerais existe, mas é essencialmente distinta da preceituação das normas jurídicas. Um único aspecto é suficiente para comprovar esta assertiva: o fato de os princípios mesmo que não tenham sido positivados, ou mesmo que depois de positivados venha a lei que o agasalhou a perder a vigência, a eficácia e a validade dos princípios, mesmo assim, continuará em vigor e será válida e eficaz, mesmo que em detrimento do preceito legal, pois os seus fundamentos são, em último grau e análise, o direito natural, diferentemente do fundamento da norma estatal.

10. Valoração principiológica e o problema da hierarquia entre princípios.

Princípios gerais ou geram normas ou extraem-se delas, todavia, a sinonímia entre esta espécie de princípio e norma é equivocada. Quando a Constituição Federal labora no sentido de que os direitos por ela expressos não excluem outros decorrentes do regime, ou ainda decorrentes dos princípios que adota (vide §1º do artigo 5º), deve-se perceber que uma vez positivados eles se transformam em normas jurídicas, normas jurídicas

¹⁴¹² DANTAS, Ivo. *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995, p. 59-60. Numa outra passagem dessa mesma obra isso resta deveras esclarecido: “*Em nosso modo de entender, a partir da consagração, pelo texto constitucional, de Princípios Fundamentais e de Princípios Gerais voltados para determinado setor, parece-nos possível estabelecer entre ambos uma nova hierarquia. Nesta, os primeiros ocupam o ápice da pirâmide e os segundos uma posição intermediária entre os Princípios Fundamentais e as normas a que chamariamos de setoriais*”. Veja-se a página 60 da obra supra.

principiológicas, e que tal *status* é que faz essas normas sobrepor-se às demais. Mas tal sobreposição não decorre do fato de tais normas serem princípios, apenas, mas muito mais do fato de tais princípios serem normas. Princípios são construções hermenêuticas, afirma com precisão Saldanha.¹⁴¹³ O raciocínio de Nelson Saldanha possui irretocável suporte lógico na medida em que apenas concebe a positividade específica das normas jurídicas a elas mesmas, não aos princípios: “... ao princípio propriamente dito falta a positividade específica que, em todo ordenamento, cabe à norma como tal”.¹⁴¹⁴

Embora seja aceitável que princípio não se confunde com axiologia, é, doutro turno, incontroverso que não há princípio sem a corresponde axiologia por ele ditada, ainda quando extraído da axiologia mesma. Princípio geral do direito não é norma é certo, mas nada obstante isso não há como negar a existência de inúmeros princípios que foram positivados em sua inteireza purista, transmutando-se em genuínas normas jurídicas. É plenamente possível que um dado valor inspire um princípio e, assim, incorpore-se num. É possível também que, uma vez concebida a transmutação do valor num princípio, sofra este uma nova mutação para se tornar norma jurídica. Perceba-se a sutileza de, caso isso ocorra, não se poder dizer que o princípio é a norma, ainda que tenha o mesmo conteúdo, e, menos ainda afirmar-se, por elipse, que a norma é o próprio valor.

Não deve ser olvidado, não obstante o posicionamento acima assinalado, o registro de Abbagnano no sentido de que modernamente a noção de princípio tende a perder importância, pois, na medida em que é concebido como *um ponto de partida privilegiado*, não relativo, mas absoluto, dificilmente pode ser admitido pelas ciências. Prosseguindo, adverte com Poincaré, que *princípio* não passa de uma “lei empírica” onde se considera cômodo subtrair ao controle da experiência através de convenções oportunas, logo, não são concebíveis aleticamente, isto é, como verdadeiros ou falsos, mas, pelo contrário, apenas como cômodos ou incômodos.¹⁴¹⁵ Esta linha de raciocínio, *data venia*, não parece adequada à modernidade globalizante, considerando que o caráter científico do princípio não se traduz em absolutismo de certezas, mormente quando se admite, com

¹⁴¹³ SALDANHA, Nelson. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 201

¹⁴¹⁴ Ibidem.

¹⁴¹⁵ ABBAGNANO, Nicola, op. cit. p. 792.

Zagrebelsky, a tese do *direito dúctil*, onde prevalece não o absolutismo, mas o **possibilismo** dos conceitos, como adiante veremos.

É possível que um único conteúdo ético (valorativo) venha a ser transformado em princípio e daí numa norma jurídica. O conteúdo será o mesmo nessa hipótese, mas os institutos não, porque não há como se conceber um valor cuja obediência seja imperativa, juridicamente falando. Do mesmo modo também não é aceitável que isto seja extensível em relação a um princípio. Somente a norma jurídica é detentora de coercitividade estatal-heterônoma. É a coercitividade o caráter distintivo entre tais institutos, e, muito embora autores como Herbert Hart neguem que tal caráter seja o fator essencial da regra de direito, nesse particular Kelsen restou insuperado. Para tanto, basta verificar-se o problema das normas jurídicas não autônomas que apenas atribuem competência: neste caso a sanção não é visível, mas ela (sanção), todavia, não deixa de existir na medida em que restará plenamente demonstrada pela nulidade do ato praticado por autoridade incompetente para concretizá-lo.¹⁴¹⁶

Já os princípios jurídicos, como construções hermenêuticas, coexistem ao lado dos valores nos quais se inspiraram, ou, nos valores que inspiraram, sendo, pois, inexata a idéia de uma hierarquia principiológica. Não há princípio hierarquicamente superior a outro, não, há menos que admitamos a existência de princípios jurídico-lógicos e princípios jurídico-ontológicos, pois, como vimos, quando os escolásticos pensaram na hierarquia entre princípios recorreram à classificação que abrangia princípios *essendi* e *cognoscendi*, aquele relevando o ser e este a atividade de conhecer o ser. Mas no mundo jurídico, princípios e valores não podem ser entendidos como conceitos absolutos, pois se assim não fosse, seria impossível conceber-se uma coexistência harmônica entre todos eles. Num conflito de valores deve-se dar a vitória a todos, muito embora racionalmente falando isso não seja factível, como pensa Zagrebelsky: “*En el tiempo presente parece dominar la aspiración a algo que es conceptualmente imposible, pero altamente deseable en la práctica: no la prevalencia de un sólo valor y de un sólo principio, sino la salvaguardia de*

¹⁴¹⁶ KELSEN, *Teoria geral das normas*, p. 04, e: *Teoria pura do direito*, p. 43. Sobre o assunto veja-se o item nº 01 do capítulo 03.

varios simultaneamente”.¹⁴¹⁷ Neste mesmo sentido Alexy e Dworkin sustentam que o critério distintivo entre as regras e os princípios cinge-se à possibilidade de, em havendo choque entre princípios, o embate resolver-se através da ponderação não excludente, todavia, do princípio realizado em menor medida.¹⁴¹⁸ Pensamos que o confronto entre princípios escamoteia, na verdade, o choque entre valores representados e consolidados pelos princípios.

O imperativo teórico da não contradição não deve obstar o labor, próprio da ciência jurídica, de tencionar realizar positivamente a concordância prática das diversidades, inclusive as contradições, que apesar de serem verificáveis na teoria não deixam de ser desejáveis na prática jurídica. O mundo jurídico passa, atualmente, por momento de grandes transformações conceituais, a exemplo do ocorrido na Europa com o conceito clássico de soberania em decorrência da globalização. Hodiernamente há de se conceber o pluralismo jurídico numa única unidade territorial possível – unidade dútil –, por conta disso, e para tal adaptação, Zagrebelsky pugna pela exigência do abandono do que denomina de soberania de um único princípio político dominante como pressuposto da convivência harmônica, onde a coerência do direito não reside na lógica do *aut-aut*, mas na do *et-et*. Fala-se mesmo num modo jurídico de pensar *possibilista*, ou de possibilidades, como sendo o raciocínio jurídico mais adequado para nosso tempo, onde esta atitude mental representa para o pensamento o que a concordância prática representa para a ação.¹⁴¹⁹

11. O fundamento de validade dos princípios gerais do direito: por um neojusnaturalismo retroalimentador-antientrópico.

Pode-se concluir que os princípios gerais do direito são fontes subsidiárias hetero-integrativas do sistema de direito positivo, cujo preceito normativo se alcança

¹⁴¹⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dútil*. Madrid: Editorial Trotta., 1997, p. 16.

¹⁴¹⁸ ALEXY e DWORKIN, ap. MAIA, Antônio Cavalcanti e SOUZA NETO, Cláudio Pereira, op. cit. p. 85.

¹⁴¹⁹ ZAGREBELSKY, op., cit., p. 17.

através de construção hermenêutica. Nesta condição sua invocação está a depender da existência de uma lacuna no ordenamento jurídico, pois este é o comando dogmático do artigo 4º do código civil, do artigo 3º do código de processo penal e do artigo 8º da consolidação das leis do trabalho, todos do Brasil e de tantas outras legislações estrangeiras. A utilização dos princípios gerais do direito comprova uma abertura sistemática alopoiética, admitida pelo próprio sistema, todavia. Diferentemente, os princípios jurídicos têm força normativa, são fontes primárias do direito. A ruptura do ordenamento de direito positivo é condicionada à quebra dos princípios jusnaturais positivados. Neste contexto, defendemos um neojusnaturalismo no qual os preceitos principiológicos do direito natural, fundados na razão humana de conteúdo mutável e adaptável às alterações sociais, representam um limite (interno e externo) ao poder constituinte e ao poder de reforma, e, mais ainda, ao legislador infraconstitucional, no sentido da inadmissão da retirada do sistema jurídico das conquistas evolucionistas do direito constitucional positivo representadas pelos seus princípios fundamentais e pelos direitos humanos constitucionalizados.

Se é certo que as regras de direito natural encontram-se positivadas (trivializadas, como diz Tércio Sampaio Ferraz Júnior), não é certo, todavia, que o seu fundamento de validade resida, unicamente, nesta positivação. Defendemos uma proposta de incidência refratária e de retroalimentação sistemática neojusnatural, no sentido de que as regras jusnaturais, como o direito à vida, à liberdade e à religião, por exemplo, permanecem em contato com a realidade juspositivista, mas sem confundir-se com ela.¹⁴²⁰ As regras jusnaturais valem, tanto porque atualmente fazem parte do direito objetivo quanto porque

¹⁴²⁰ Mario Losano chegou a conceber o direito como uma estrutura servo-mecânica, em sua teoria juscibernética. No capítulo VIII de nosso *O direito cibernético: um enfoque teórico e lógico-aplicativo*, especificamente no item 8.3.3 - **A analogia entre direito como sistema autônomo e servomecanismos**, pudemos demonstrar que: “Eberhard Lang, pretende explicar o direito com base na analogia com certos mecanismos auto-regulados. O direito aqui é considerado um mecanismo que visa a conservar ou restaurar o equilíbrio social, mantendo a constância das relações interpessoais. Lang, que também rejeita o uso do computador eletrônico em sua pesquisa, compara a característica reguladora do direito a um termostato: aparelho com o fito de manter o equilíbrio térmico, sendo possível traçar um paralelo entre ambos. Fazendo uso do **feed-back ou realimentação**, Lang procedeu à comparação entre direito e mecanismo, tomando como paradigma as características do servomecanismo e não das instituições estatais, chegando mesmo a afirmar que o Estado é um conjunto de servomecanismos, ou seja, pretende impor o servomecanismo como instrumento de interpretação do Estado. Comparando-se esta teoria com a de Knapp, observa-se que enquanto Lang compara o Estado e o direito a termostatos, para Viktor Knapp eles não funcionam como os reguladores mecânicos da temperatura”. PIMENTEL, Alexandre Freire, op. cit. p. 181.

remanescem firmes na consciência dos seres humanos – dos juízes, portanto - independentemente de previsão legislativa. Se existem três funções básicas a tripartir o poder de soberania estatal, basta que a função judicial negue vigência a uma regra jurídica que contrarie um princípio jurídico que restará preservada a eficácia da regra jusnatural, e, ao mesmo tempo, a normalidade do sistema, já que os juízes são detentores, com exclusividade, de parcela da soberania pertinente à prerrogativa de *‘dizer o direito’*. Havendo uma tal hipótese e até mesmo outra na qual se positive, por absurdo, uma norma que agrida, por exemplo, o direito à liberdade, e havendo recusa judicial na aplicação da norma estatal o sistema restará retroalimentado (no sentido de Wiener). Havendo recusa judicial sistemática haverá também uma transformação no próprio sistema de direito positivo, aliás, Hélio Tornaghi já aventara que “... *os princípios de direito natural que se chocassem com a ordem estabelecida pelo Direito positivo não poderiam ter aplicação sem transformá-lo*”.¹⁴²¹

Nossa proposta não coincide, todavia, com a do direito alternativo, frise-se que em momento de normalidade sistemática deve-se reconhecer o direito estatal como o único existente, válido e eficaz, desde que seja justo e moralmente adequado. O que não se pode mais aceitar, sob qualquer argumento ou hipótese, é a liberdade legislativa irrestrita: a moral e a justiça constituem sim limites ao exercício da função parlamentar, e ao mesmo tempo firma-se como paradigmas da função de julgar. Quanto à questão de se saber o que é moral e/ou justo quem tem competência para os delimitar – em último grau - são os juízes, pois como membros integrantes da sociedade agem como termômetros sociais, podendo utilizar a função instrumentalizante da jurisdição e a hermenêutica - historicista principalmente - para recusar a aplicação de leis que contrariem o direito, ou, noutras palavras, quando este for contrariado pela lei. Relembrando com Perelman o que foi dito item 4.1, o julgamento de Nuremberg implodiu as doutrinas positivistas que enxergavam na norma jurídica – no sentido purista – a fonte exclusiva do direito, podendo contrapor-se à moral e à justiça. A partir de então juristas tidos como positivistas sofreram os efeitos de uma espécie de ‘conversão’ jusnatural, para se conceber doutrinas que colimam a compatibilização entre a lei, a moral e a justiça, aceitando-se sempre a possibilidade de o

¹⁴²¹ TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. Vol. I 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 27.

juiz recusar a aplicação de leis injustas, podendo, para tanto, extrair a decisão de ambiente extra-sistemático.¹⁴²² Talvez seja reflexo disto o fato de os intérpretes da Lei Fundamental alemã de 1949, principalmente os juízes alemães, terem demonstrado tanto interesse na proteção dos direitos fundamentais.¹⁴²³

Em nossa visão *neojusnaturalista* os princípios de direito natural têm escopo adstrito à função retroalimentadora de reserva termostática, isto é, atuarão para corrigir alterações entrópico-sistemáticas. Nas crises sistemáticas, que ocorrem tanto na seara individual quanto na coletiva, pode haver infringência a um princípio jusnatural positivado sem que haja a substituição integral da ordem dogmática, por exemplo, quando uma autoridade lesionar direito individual líquido e certo corrigível por mandado de segurança. Noutras situações tal infringência pode representar um verdadeiro golpe de Estado e neste caso é possível que toda a ordem dogmática venha a ser substituída. Aqui não há outro remédio ‘jurídico-judicial’ capaz de restaurar a ordem, que não seja a atuação soberana dos juízes negando-se a aplicar a (des)ordem recém instaurada, o que representaria, de imediato, uma crise de legitimidade e de eficiência para o sistema usurpador. Mais fácil é a situação do primeiro exemplo para se demonstrar a função termostática dos princípios jusnaturais: havendo agressão a direito fundamental do cidadão – aí incluídos aqueles albergados pelos princípios constitucionais -, a função do juiz será a de restaurar a ordem concedendo o provimento judicial respectivo; neste caso a função termostática é exercida diretamente pelo juiz e indiretamente pela própria Constituição.¹⁴²⁴

¹⁴²² Inscreveu Perelman: “Desde o processo de Nuremberg, que pôs em evidência o fato de que um Estado e sua legislação podiam ser iníquos, e mesmo criminosos, notamos na maioria dos teóricos do direito, e não apenas entre os partidários tradicionais do direito natural, uma orientação antipositivista que abre um espaço crescente, na interpretação e na aplicação da lei, para a busca de uma solução que seja não só conforme à lei, mas também eqüitativa, razoável, aceitável, em uma palavra, que possa ser, ao mesmo tempo, justa e conciliável com o direito em vigor. A solução buscada deveria não apenas poder inserir-se no sistema, mas também revelar-se social e moralmente aceitável para as partes e para o público esclarecido”. PERELMAN, Cahim, op. cit. p. 184.

¹⁴²³ Neste sentido Andreas J Krell afirma que os intérpretes da Constituição alemã do pós-guerra: “... desde o início da República Federal têm se mostrado bastante ativos no âmbito dos Direitos Fundamentais, o que se deve às experiências catastróficas com o regime nazista, onde os Direitos Humanos básicos foram pisoteados e o conteúdo liberal da Carta de Weimar reduzido a zero”. KRELL, Andreas J., op. cit. p. 43.

¹⁴²⁴ A idéia de que a Constituição funciona como um servomecanismo é encontrada em Norbert Wiener, como demonstramos No capítulo IV de nosso *O direito cibernético: um enfoque teórico e lógico-aplicativo*, especificamente no item **4.1 - A origem da cibernética**, nos seguintes termos: “Ao sair do corpo

Será a hermenêutica que dará o limite da ordem.¹⁴²⁵ Num Estado Democrático de Direito as autoridades constituídas devem respeitar a independência dos poderes. Pois bem, a retroalimentação neojusnatural funciona como um termostato regulador e mantenedor da ordem jurídica, que no atual estágio da evolução humana não admite a convivência com meros *decionismos* ‘schmittianos’ ou com positivismos ‘kelsenianos’. E não se diga que apenas de mera retórica metafísica estamos a falar. Pelo contrário, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal constitui-se em elogiável exemplo desse nosso argumento, pois no julgamento da apelação cível nº 3910196-DF, interposta contra sentença que garantiu a professor o direito de não ministrar aulas nem repor aulas não ministradas em dias impedidos pela sua religião, decidiu:

*“A liberdade de culto é direito inerente à personalidade, pois antes de ser uma garantia constitucional é um princípio de direito natural, não podendo o Poder Judiciário permitir tirania a impedir o respeito à religião, notadamente em relação a professor que, antes de tudo, é um educador e, como tal, deve ser coerente com os seus princípios. Assim, se tem uma religião lícita e a professora, tem o direito ao dia reservado à profissão de fé”.*¹

físico para adentrar na análise da sociedade, Wiener enxergou o direito como instrumento de conservação do equilíbrio social. Para ele o corpo político possui uma homeostase, ou ao menos busca alcançá-la. Como exemplo cita a Constituição dos Estados Unidos como um mecanismo de controle e equilíbrios, onde o poder executivo deve atuar como um fator de proteção contra uma possível exacerbação do poder legislativo. Este, por seu turno, deve acautelar-se contra eventuais ingerências em sua seara e o poder judiciário deve conter a ação de ambos, preservando as tradições nacionais”. PIMENTEL, Alexandre Freire, op. cit. p. 63.

¹⁴²⁵ “Mesmo sem o saber, o juiz é assim, em muitos casos, mais um intérprete da vida do que um intérprete da lei. Esta, como diz jurista sul-americano, ‘reina’, é certo, mas não governa. Ou melhor: ‘a lei reina’, sem dúvida, ‘mas quem governa é a jurisprudência’. Como também já alguém disse: a sentença é a idéia divina da justiça feita carne. Dito por outras palavras: isto significa ainda que é a vida, e não a lei, que deve ser considerada a verdadeira senhora do juiz; ou se quisermos, a lei sim, mas só por amor da vida. E poderá alguém, partindo desta concepção da sentença, no seu primeiro aspecto geral, duvidar do poder criador do juiz como órgão do direito que nela se contém?”. MONCADA, Cabral de, op. cit. p. 79-80.

Não procede o argumento que rejeita o direito natural como fonte dos princípios gerais do direito, posto que, segundo argumenta-se, prescinde-se de métodos comparatísticos e porque os princípios apoiam-se nos tratados e costumes internacionais.¹⁴²⁶ Ora, não é incorreto afirmar-se que os princípios possam apoiar-se no direito internacional, mas isso, *data venia*, não afasta o direito natural da condição de fonte principiológica, e não apenas da espécie *princípios gerais*. O direito internacional representa uma sobre-ordem sistemática e concêntrica na qual se encontra inserida a ordem interna – mesmo que a ordem externa nem sempre seja dotada de eficácia, pela falta de coerção -¹⁴²⁷, que, no âmbito principiológico, pode até se inspirar na ordem externa, porém, cabe a indagação: em que outro nível de ordem haure inspiração o direito internacional para fundamentar suas regras? Ou as busca tomando por inspiração ordens internas, ou as extrai de um outro tipo de direito: o natural.

Os romanos, por exemplo, justificaram o fundamento do direito das gentes no direito natural, ademais, “... a existência de direitos e garantias individuais está ligada à própria condição do homem enquanto homem, isto é, do homem enquanto possuidor de uma essência metafísica”, como ensina o professor Ivo Dantas, para quem, os direitos e

¹⁴²⁶ Charles Rousseau, por exemplo, defende que os princípios gerais do direito quedam-se situados no âmbito de atração do direito natural, são: “*princípios que a convicção jurídica dos Estados civilizados considera como devendo necessariamente fazer parte de toda ordem jurídica*”. Esta citação foi extraída da obra de José Cretella Neto, nada obstante este autor refutar a tese de que os princípios gerais do direito tenham substrato no direito natural. CRETELLA NETO, op. cit. p. 19.

¹⁴²⁷ Ao contrário do que entendia Lourival Vilanova. E sobre o assunto a opinião de Cláudio Souto merece transcrição, vejamos: “*Em remate, sobre as fontes do Direito Internacional Privado: a indagação intersistemática de aplicação é um processo científico e, pois, as verdadeiras regras ou fontes desse processo são científicas. Tal técnica científica, porém, necessita o revestimento de formas de coercibilidade para efeito de aplicação judiciária, de vez que os juízes não possuem atualmente uma mentalidade necessariamente científica. As formas de coercibilidade para revestimento da indagação intersistemática de aplicação devem ser, de um modo racional, ou internacionais ou nacionais, conforme o objeto dessa indagação seja, respectivamente, internacional ou interno. Todavia, a situação legal atual a respeito do ‘Direito Internacional Privado’ é, antes, qualquer que seja o objeto de tal ‘Direito’, a de um predomínio necessário das formas internas de coercibilidade sobre as internacionais, estas muito menos importantes que aquelas*”. SOUTO, Cláudio. *Introdução crítica ao direito internacional privado*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2000, p. 193-4. A bem da verdade Cláudio Souto somente admite que o direito tem uma única fonte que seria o sentimento individual de cada um capaz de unir o conhecimento empírico-científico ao sentido permanente do dever ser, *verbis*: “*...existe somente uma fonte do direito (sendo ‘fonte’ – princípio, fundamento ou origem de uma coisa): a junção do conhecimento científico-empírico atual ao sentido básico permanente do dever ser. Em outras palavras: a fonte do direito seria o sentimento individual básico do dever ser a se informar de conhecimento acorde com o estado atual da ciência – sentimento êsse a se socializar e objetivar por sua informação cognitiva*”. SOUTO, Cláudio. *Introdução ao direito como ciência social*. Brasília: UNB, 1971, p. 126.

garantias constitucionais são institutos pertencentes ao direito natural, não é dádiva de governantes ou de instituições político-partidárias, o seu fundamento de validade independe de seus princípios estarem, ou não, positivados.¹⁴²⁸ Tragamos à memória a compreensão de Lourival Vilanova nesse mesmo sentido de que o fundamento de validez do direito positivo é o direito natural, que, neste particular, distancia-se da orientação kelseniana.¹⁴²⁹

O artigo 38 do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) comprova que a ordem externa sorve-se do direito das ordens internas, pois determina que no julgamento das controvérsias internacionais deve-se aplicar os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas, logo, na seara intra-sistemática de cada um dos Estados componentes da comunidade jurídica internacional. É perfeitamente aceitável que os princípios gerais do direito encontrem no direito internacional uma de suas matrizes – não exauriente, até porque o juiz pode encontrar a regra a ser aplicada no direito comparado - ¹⁴³⁰, que chamamos de fonte próxima em segundo grau. Por outro lado, a eficácia interna da ordem internacional estará sempre a depender, por decorrência da soberania de cada país, do reconhecimento interno da ordem internacional.¹⁴³¹ Assim, a defesa da condição do direito internacional como fonte originária dos princípios gerais do direito merece restrições, apesar de aceitável tal tese, ela se quedará sempre na dependência da adesão dos Estados integrantes da comunidade internacional, principalmente quando se tratar de regras de direito internacional público.¹⁴³² Já o direito internacional privado consiste, segundo Cláudio Souto, “*num processo comparativo especial para que se atinja o resultado ‘Direito’*”, suas fontes são exatamente as regras do processo em que ele consiste e que representam, ao mesmo tempo, o seu fundamento e princípio.¹⁴³³

¹⁴²⁸ DANTAS, Ivo. *Instituições de direito constitucional brasileiro*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2001, p. 391.

¹⁴²⁹ VILANOVA. *Causalidade e relação no direito*, 2. ed. p. 132.

¹⁴³⁰ Relembre-se que o artigo 8º da CLT é expresso nesse sentido

¹⁴³¹ Basta lembrar do recentíssimo episódio internacional no qual os Estados Unidos da América do Norte declararam que não reconheciam a autoridade do Tribunal Penal Internacional, sobre norte-americanos.

¹⁴³² Consoante Rezek “... é compreensível que os Estados não se subordinem senão ao direito que livremente reconheceram ou construíram”. REZEK, Francisco. *Direito internacional público. Curso elementar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 03.

¹⁴³³ Neste sentido ensina Cláudio Souto: “*Nesse caso, as fontes dessa indagação comparativa que é o ‘Direito Internacional Privado’ são as regras do processo que ele é. São as regras de acordo com as quais ele funciona, e que representam, portanto, precisamente, o fundamento, o princípio, a origem, de seu*

Depois, o fato de os tratados e costumes internacionais representarem, em certa medida, em grau mediato, o fundamento de validade dos princípios gerais do direito, não excluem estas normas de suas fontes originárias, quer derivem elas de processo de criação, quer por percepção ou proclamação. Num instante passado mais remoto também têm os tratados e costumes internacionais o fundamento de sua validade no espírito humano, no senso ético, que, aliás, é o mesmo fundamento do direito natural.¹⁴³⁴ Além disso, relembrando a descoberta de Aristóteles, demonstrando que todos os princípios têm uma característica comum, ou seja: *“o caráter comum de todos os princípios é ser a fonte de onde derivam o ser, ou a geração, ou o conhecimento”*,¹⁴³⁵ conclui-se que se o direito internacional fosse fonte última dos princípios gerais isso importaria em admitir que esta disciplina seria a fonte de algo (princípio) que, por essência e por característica comum, é a própria fonte do conhecimento científico. E mais, se Nelson Nery Júnior está certo, como nos parece, quando afirmou que: *“É sabido que se considera ciência aquele ramo de estudos que é informado por princípios. Estes, portanto, é que dão natureza de ciência a determinada matéria”*,¹⁴³⁶ isto é, se esta afirmação está correta, o próprio direito internacional para ser considerado ciência jurídica autônoma deve possuir uma ‘base’ principiológica, pois, do contrário, seria a base da própria base: um paradoxo.

Então temos, em nossa concepção, duas espécies de fundamento de validade dos princípios gerais: uma próxima e outra remota. A próxima, por seu turno, envolve os

funcionamento”. SOUTO, Cláudio. *Introdução crítica ao direito internacional privado*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2000, p. 178-9.

¹⁴³⁴ A despeito dessa nossa opinião, encontramos Rezek: *“Quando por nada mais fosse, por eliminação haveríamos de admitir que sobre o consentimento dos Estados repousa a validade dos princípios gerais enquanto normas jurídicas. Qual a alternativa? Se se descarta toda a inspiração teológica para a ciência do direito, rejeitando-se, a fortiori, que da vontade de um grupo seletivo de Estados, ou das convicções do olimpo doutrinário, possa promanar norma que obrigue indistintamente toda a sociedade internacional, resulta claro que o fundamento de validade dos princípios gerais não difere, em essência, daquele sobre o qual assentam os tratados e o costume. Dir-se-á que inúmeros dentre esses princípios fluem de modo tão natural e inexorável do espírito humano que não há como situá-los, ao lado do costume e do tratado, no domínio da criação voluntária das pessoas jurídicas de direito das gentes. Essa idéia passa ao largo da importante circunstância de que o consentimento tanto pode ser criativo quanto apenas perceptivo. Isso determina a distinção entre o direito livre e originalmente forjado pelos Estados e o direito por estes não mais que reconhecido ou proclamado. (...) Numa perspectiva operacional, não chega a ser importante distinguir, entre os princípios gerais, os que são pura decorrência da razão humana – ou, caso se prefira, da lógica jurídica – e os que repousam, ademais, ou exclusivamente, sobre um valor ético”*. REZEK, Francisco, op. cit. p. 139.

¹⁴³⁵ ARISTÓTELES, ap. MORA, José Ferrater, op. cit. p. 2371.

¹⁴³⁶ NERY, Nelson Júnior. *Princípios do processo civil na constituição federal*, p. 21.

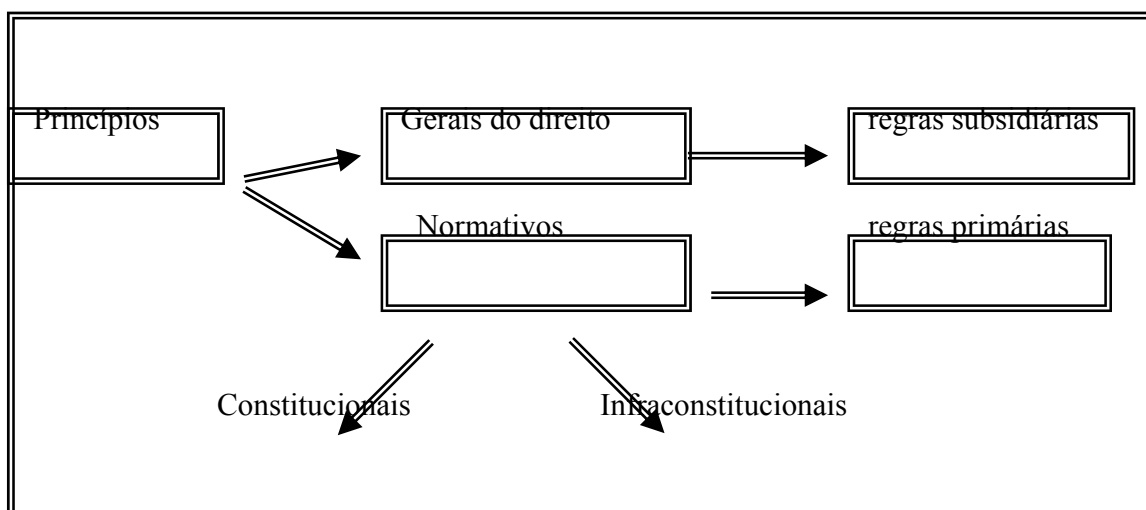
ordenamentos jurídicos interno – fonte próxima de primeiro grau – e externo – fonte próxima de segundo grau. A remota consiste no fundamento ético-racional próprio do espírito humano e que inspirou ambos os ordenamentos: interno e internacional. Justificamos a denominação das fontes em próxima e remota porque, de um lado, temos o ordenamento interno, que foi formulado levando em conta princípios éticos e morais eleitos pelo constituinte como axiologicamente relevantes, mas que, a partir daí, juridicizaram-se. Este ordenamento é fonte próxima em relação aos princípios gerais porque o juiz – na pressuposição de existência de lacuna – ao decidir uma lide procurará encontrar a norma principiológica solucionante neste direito positivo que sistematiza o seu país. De outro lado, temos o ordenamento internacional que somente será perquirido pelo juiz no caso de inexistência normativa legal e principiológica no ordenamento primário-interno.¹⁴³⁷ Em relação aos princípios gerais do direito os dois ordenamentos são fundamentos principiológicos próximos, em virtude da orientação construída no sentido de que paira sobre o juiz o dever de pesquisar neles – primeiramente o interno e depois no externo. O direito natural é o fundamento remoto porque reflexamente representa a base inspiradora genérica e antecedente. Mas esta ordem de ‘proximidade’, todavia, não exclui a possibilidade de o juiz aplicar princípios jurídicos – não gerais – do direito natural desde que o ordenamento venha a colidir com ele, mesmo que em detrimento das ordens jurídica interna e externa. Neste último caso os princípios de direito natural adquirem função termostática, isto é, só atuam na medida em que a *temperatura* do sistema atinge níveis insuportáveis de entropia.¹⁴³⁸ Vejamos.

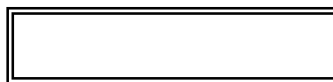
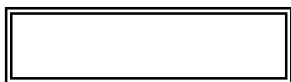
12. Uma proposta de taxonomização principiológica e a garantia dos princípios do direito natural representados por uma ‘*jurisprudencia more geometrico demonstrata*’.

¹⁴³⁷ Salvo os casos nos quais a norma a aplicar seja, diretamente, pertencente ao direito internacional.

¹⁴³⁸ Aqui merece registro a precisão conceitual sobre *feedback* oferecida por Flamarion Tavares Leite: “Suas pesquisas (menção a Wiener) levaram ao mecanismo denominado de *feedback* (realimentação) ou montagem em reação, um dispositivo de auto-regulação capaz de perceber o erro cometido, medi-lo e corrigi-lo, sempre dentro de um espaço de tempo suficiente para a correção significar compensação e a eficácia da ação ser assegurada”. LEITE, Flamarion Tavares. *Os nervos do poder. Uma visão cibernética do direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 97.

Como restou exhaustivamente esclarecido, os princípios gerais do direito não são as únicas categorias principiológicas existentes. Certo que são tidos como fontes subsidiárias (secundárias) do direito, mas além deles existem outros com eficácia normativo-primária. Fincando-nos agora sobre esta última espécie, temos num primeiro nível os princípios insculpidos no texto constitucional (princípios normativo-constitucionais) e num segundo nível os princípios normativos da legislação infraconstitucional. Os princípios normativos detêm status completamente distinto do dos princípios gerais do direito, posto que são fontes primárias do direito com indiscutível superposição sobre as demais normas. A estes princípios conferimos a denominação de princípios normativos, pois inserimo-los na classificação de *dignitates*, são verdadeiros axiomas jurídicos com força cogente. Para não confundi-los com outras espécies propomos uma taxonomização que distinga os princípios gerais do direito dos princípios normativos, como classificação prévia. Sendo certo que o fator diferenciador mais relevante entre essas duas espécies de princípios decorre, por um lado, do fato de os princípios gerais do direito consistirem em mandamentos não positivados – embora possam ser construídos hermeneuticamente a partir do direito positivo –, e, de outro lado, de os princípios normativos constituírem-se em preceitos positivados pertencentes ao direito objetivo, integrando o sistema jurídico na sua primeira e mais importante classe:





Fazendo aqui uma abstração, percebe-se ser até mesmo possível vislumbrar uma classificação que admitisse um terceiro gênero de princípios ao lado dos princípios gerais do direito e dos princípios normativos. Tal gênero seria representado pelas construções hermenêutico-normativas elaboradas a partir do direito natural. Certo é que as regras do direito natural não podem ser enquadradas no gênero representado pelos princípios gerais do direito, pois, embora se possa extrair princípios gerais do direito natural, não é admissível que o direito à vida e à liberdade, exemplificativamente, possam ser concebidos como normas ‘*subsidiárias*’ do direito e que a obediência e o respeito à vida e à liberdade, para serem atendidos, estivessem a depender de ‘lacunas’ no ordenamento. Radbruch – refre-se o já afirmado no item 4.1. - bem demonstrou os limites do positivismo em seu ‘*Arbitrariedade Legal e Direito Supralegal*’.¹⁴³⁹ Portanto, bem que seria admissível uma classificação que não prescindisse dos princípios do direito natural, não fosse o fenômeno ocorrido nos Estados Democráticos de Direito, ao qual Tércio Sampaio Ferraz Júnior chamou de ‘trivialização’ do direito natural, e que consistiu na positivação de preceitos jusnaturalistas.¹⁴⁴⁰ Mas é sempre pertinente ressaltar que os princípios do direito natural, volvendo ao exemplo do direito à vida e à liberdade, são conquistas histórico-axiológicas da humanidade.¹⁴⁴¹ Nestes termos a positivação apenas elevou à categoria de normas jurídicas, normas jusnaturais pré-existentes. Do mesmo modo, não será a quebra dos valores positivados na Constituição Formal que importará numa ‘revogação’ dos princípios do direito natural. Assim, um golpe contra a Constituição não exime nenhum juiz de velar pela observância dos direitos naturais trivializados, posto que os mesmos representam uma jurisprudência ‘*more geometrico demonstrata*’, constituindo, pois, uma premissa inegociável do fenômeno jurídico atual consistente no estágio evolutivo

¹⁴³⁹ Menção à obra ‘*Arbitrariedad legal y derecho supralegal*’. Abeledo – Perrot, 1962, pertencente a Gustav Radbruch.

¹⁴⁴⁰ Dissertando sobre a trivialização do direito natural, veja-se FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1990, p. 160-161.

¹⁴⁴¹ Embora algumas sociedades, como a norte-americana, por exemplo, ainda admitam a pena de morte.

do pensamento jurídico ‘neojusnatural’ inserido no que se denominou de *pós-positivismo*.¹⁴⁴²

A expressão *more geometrico demonstrata* equivale a *ordine geometrico* e designa uma ordem axiomática, principiológica. A menção a *geometrico* indica que a ordem axiomática deve seguir o rigorismo de demonstração próprio da geometria. A expressão tornou-se conhecida na filosofia em razão de Spinoza dela ter feito uso em sua ‘*Ethica, ordine geometrico demonstrata*’, onde a distancia do método investigativo e a aproxima de uma ordem de composição equiparada ao método de ‘composição’, ‘resolução’ e ‘análise’. A jurisprudência ‘*more geometrico demonstrata*’ não adota o conteúdo da ordem geométrica, mas, tão somente, o seu método investigativo representado por uma formulação axiomática.¹⁴⁴³

A transformação da teoria do direito natural numa metodologia estrita das normas será concretizada com o auxílio da cibernética, pois esta permitirá a fixação exata dos limites entre os métodos de trabalho racionais e irracionais do jurista. O *direito artificial* proporcionará, assim, a ressuscitação de uma velha aspiração do jusnaturalismo iluminista para transformá-lo numa ‘*jurisprudência more geometrico demonstrata*’,¹⁴⁴⁴ onde o *direito natural* assume o papel de máximo instrumento racionalizador.¹⁴⁴⁵ Aliás, segundo a teoria do *direito artificial* de Vittorio Frosini, a aplicação da tecnologia à experiência jurídica deverá sim transformar o direito natural numa “*jurisprudencia more geometrico demonstrata*”.¹⁴⁴⁶

A recorrência aos princípios do direito natural é uma prerrogativa humanista inafastável, pois nada obstante o fenômeno de sua ‘trivialização’ (entenda-se ‘positivação’),

¹⁴⁴² “Sua formulação opera-se independentemente de uma ordem jurídica concreta, bem assim do direito positivo de um país ou de outra instituição social. Essa concepção inovadora, denominada de pós-positivismo, inclui os princípios no conceito geral de normas, entendendo-os como normas jurídicas vinculantes, dotadas de efetiva juridicidade”. SOARES FILHO, José, op. cit. p. 157.

¹⁴⁴³ Sobre o sentido de *ordine geometrico demonstrata*, veja-se MORA, José Ferrater, op. cit. tomo III, p. 2371.

¹⁴⁴⁴ Norberto Bobbio considera a jurisprudência “*more geometrico demonstrata*”, como um sistema de normas deduzidas de alguns princípios evidentes ou naturais. BOBBIO, ap. GARCIA, Dinio Santis. *Introdução à informática jurídica*. São Paulo: USP - Universidade de São Paulo, 1976, p. 174.

¹⁴⁴⁵ PÉREZ LUÑO, Antônio Henrique. *Cibernética, informática y derecho: un análisis metodológico*. Bolonha: Real Colégio da Espanha, 1976, p. 78.

¹⁴⁴⁶ FROSINI. *Cibernetica, Diritto e Società*, p. 13, 38-9.

o seu objeto ainda continua presente na própria ciência dogmática do direito, quando, seguindo o exemplo de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, tenta descobrir-lhe substitutos para-universais como o princípio da legalidade, da autonomia privada, *etc.* Na segunda metade do século XX a Europa assistiu ao renascimento do *direito natural*, com a revitalização de valores éticos e com a contraposição ao império da lei,¹⁴⁴⁷ quando contrária à consciência ética, e, ainda, com a reafirmação dos direitos (humanos ou fundamentais)¹⁴⁴⁸ invioláveis do homem. A literatura jurídica de então volta a sua atenção para o aspecto, semântico, lógico, e tecnológico do direito, realçando a insuficiência da questão *ideológica* ou emotiva.¹⁴⁴⁹ No atual estágio evolutivo do pensamento jurídico e da própria evolução social é inadmissível desrespeitar-se a construção jurisprudencial do direito. Se muitas vezes a lei não alberga entendimento socialmente aceitável, isso decorre do fato de ser imposta à margem dos debates com a sociedade civil. Tal imposição é antidemocrática, mesmo a despeito da instituição da democracia representativa, que às vezes mais obedece ao fisiologismo imposto pela função executiva que aos reclamos da sociedade. Diferentemente, a construção jurisprudencial do direito é sedimentada sobre inegável lastro democrático, sobretudo, porque é construída da base para o teto, tal qual acontece com o direito inglês. Isso é assim porque os juízes vão firmando o entendimento caso-a-caso e a sociedade tem sempre a oportunidade de recorrer das sentenças permitindo que os tribunais uniformizem o entendimento.

Vejamos, então, agora como o direito cibernético ambienta-se no contexto principiológico e, logo em seguida, verifiquemos qual a repercussão da tecnologia no âmbito da jurisdição e do processo.

¹⁴⁴⁷ E para isso contribuiu o nazismo.

¹⁴⁴⁸ A referência a direitos ‘humanos’ e ‘fundamentais’ decorre da distinção feita pela moderna doutrina constitucionalista, sempre muito bem realçada pelo professor André Vicente Pires Rosa, que denomina ‘direitos fundamentais’ aqueles positivados nos textos constitucionais e de direitos humanos aqueles outros não positivados, mas decorrentes de tratados e declarações internacionais.

¹⁴⁴⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, op. cit. p. 163.

CAPÍTULO 17

OS PRINCÍPIOS JUSCIBERNÉTICOS

1. O caráter instrumental do direito cibernético e sua demarcação principiológica.

Os princípios a seguir extraídos da temática do Direito Cibernético não coincidem com os princípios gerais do direito. Não trataremos de atividade colmatadora de lacunas, mas de construções hermenêutico-normativas, estruturantes: 01- da autonomia científica de que se ressente o direito cibernético, aqui abordaremos princípios extraídos da teoria cibernética, juscibernética, da lógica e da linguagem; 02- das repercussões e aspectos jurídicos da contratação telemática; 03- de um novo processo judicial; 04- e, enfim, de uma nova teoria geral do processo. Os princípios logo mais estudados, portanto, inserem-se nas duas modalidades referidas por Nelson Saldanha: ora serão extraídos de regras legal-estatais regulamentadoras da aplicação dos computadores, da informática, da telemática e da cibernética à experiência jurídica; ora da própria doutrina, práxis e valores juscibernéticos, ou seja, de uma ambiência jurídica: doutrinária, legal; para-legal; e/ou supralegal.

O direito cibernético tem por missão revolucionar a experiência jurídica oferecendo a possibilidade de máquinas computacionais inteligentes, artificialmente falando: criarem ambiência informático-telemática de auxílio à prestação jurisdicional;

poderem tomar decisões jurídicas para auxiliar os juízes a decidir; coadjuvar com os representantes postulacionais das partes.¹⁴⁵⁰ Trata-se, assim, de um novo ramo da ciência jurídica com inegável caráter multidisciplinar, tal qual o são a informática, a cibernética e o próprio direito. Quanto à questão da instrumentalidade, este novo direito (cibernético) guarda grande semelhança prática com o direito processual, cuja missão é efetivar direitos ditos materiais. Aquele, entretanto, é possuidor de uma “*instrumentalidade*” diferente, pois efetiva e concretiza, por exemplo, as próprias relações jurídicas primárias, como a contratação eletrônica, e nesse sentido representa um instrumento efetivador do direito contratual. O direito contratual é concebido como sendo um ramo do direito *material*, tendo no processo o instrumento de composição de litígios e no direito cibernético o “meio” de sua efetivação mais completa possível.

A instrumentalidade do direito cibernético não se restringe à efetivação de direitos chamados materiais, outrossim, abrange também o próprio direito processual e, talvez, seja sob este aspecto que ela alcançará maior repercussão pragmático-jurisdicional. Aqui já se pode propor uma taxonomia da instrumentalidade juscibernética em: *instrumentalidade material*, consistente na efetivação de relações jurídicas primárias e lineares com especial atenção para a área contratual através de meios computacionais, informáticos, telemáticos e cibernéticos; *instrumentalidade processual*, cuja função é fazer atuar a jurisdição através dos meios computacionais, informáticos, telemáticos e cibernéticos com especial atenção para o fenômeno da virtualização telemática do processo, visa, dessa forma, efetivar relações jurídicas secundárias e angulares: processuais, pois.

A instrumentalidade processual do direito cibernético tornará possível uma concepção totalmente nova do processo, com a simplificação e compactação das formas processuais e ainda com uma nunca dantes vista agilização na prática de atos processuais, e, portanto, na conclusão do próprio processo, sem falar na questão da segurança jurídica proporcionada pela digitalização processual. O mesmo se diga em relação à instrumentalidade material, pois esta, efetivamente, já se encontra em nível mais avançado

¹⁴⁵⁰ Reitere-se que a nossa proposta reflete a preocupação humanística com o uso da tecnologia, dessa forma defendemos que as decisões das máquinas computacionais consistam, tão somente, numa espécie de “*assessoramento*” ao juiz.

que a anterior, representado uma realidade virtual impassível de contradição pelos teóricos do direito.

Disso se conclui que o sentido da instrumentalidade do direito cibernético não se confunde com a do direito processual, pois a deste restringe-se à efetivação de direitos denominados materiais em decorrência da atuação da jurisdição, a daquele abrange todo o campo da ciência jurídica em sua plenitude, envolvendo, de forma concêntrica, a instrumentalidade das formas processuais. Isso se deve ao caráter interdisciplinar do direito cibernético que abarca todos os domínios da experiência jurídica e ajudará a efetivar a todos eles.

Ainda que o próprio processo seja concebido como um direito material em si mesmo, ainda assim, a instrumentalidade do processo verter-se-á para o direito material, ou, se se preferir, para o direito jurisdicional, mesmo que em algumas situações este direito material seja representado pelo processo em si mesmo. Considerando, pois, que princípio designa, realmente, um ponto de partida e um fundamento – causa - de um determinado processo; considerando, de acordo com Zagrebelsky, o *possibilismo* jurídico; com Nelson Saldanha, que os princípios podem derivar das normas ou inspirá-las; com Dworkin, Alexy, Canotilho a possibilidade de coexistência dos princípios ao lado das regras, como espécies das normas, ou, como quer Ivo Dantas, como espécies superiores às normas; considerando tudo isso, passemos a verificá-los no âmbito do direito cibernético.

2. Explicando a nossa metodologia e taxonomia.

Metodologicamente falando, nossa taxonomia é subdividida em três setores: **no primeiro**, estão os princípios próprios da **teoria juscibernética**, tais como os princípios: da unicidade cibernética; da rejeição dicotômica entre direito informático e telemático; da necessidade interdisciplinar do direito cibernético; da compatibilização entre direito natural e direito artificial; da compatibilização informático-telemática dos sistemas mundiais; da

transmutação lógico-computacional da linguagem jurídica (pelo qual propomos uma reescritura virtual do direito); no **segundo setor** consta a problemática decorrente da **contratação telemática**, da qual extraímos o princípio da proteção jurídica ao consumidor, a partir do qual os seguintes aspectos serão examinados: a internet e o comércio eletrônico; a contratação eletrônica em face do novo código civil; confrontação dos dispositivos invocáveis no velho e no novo código; a omissão da lei civil brasileira e a problemática sobre a necessidade, ou não, de recorrência à hermenêutica integrativa; a questão da reserva mental divergente da declaração de vontade emitida em face da validação da contratação eletrônica; a oferta contratual eletrônica e o problema dos *spams* e dos *cookies*; a contratação eletrônica como modalidade negocial entre presentes; a formação do contrato eletrônico; a questão do lugar da celebração do contrato virtual e o problema da empresa virtual irreal, como exemplo de ineficácia jurisdicional; o **terceiro setor** envolve aportes orientadores éticos e pragmáticos decorrentes da aplicação da tecnologia na vida forense adstrita a questões de administração judiciária interna e externa, aqui estarão os princípios: da vedação do juiz artificial; da atividade correicional artificial e do controle panóptico da atividade judicial e cartorária; do controle cibernético do Poder Judiciário; no **quarto setor** dar-se-á o enfrentamento de problemas técnico-dogmáticos relacionados com os seguintes ramos do direito público: o direito penal (teleinformático), onde se revelará o princípio da necessidade de normatização e criminalização de condutas telemáticas danosas; o direito constitucional, do qual se extrairá o princípio da proteção à privacidade dos cidadãos, com proposta de limitação ao poder dos detentores da tecnologia; e o direito processual, ressaltando-se o princípio da virtualização do processo. Este último embasará o núcleo central da tese, será a base da construção de nossa teoria geral do processo juscibernético e de uma nova teoria geral do processo civil, por isso logrará desenvolvimento subsequente, em apartado, no capítulo seguinte.

Começemos, pois, pelo primeiro setor, o qual envolve os itens nº 02 a 08.

3. Princípio da unicidade cibernética.

Apesar da tendência atual em setorizar a cibernética – item 07 do capítulo 02 - pugnamos pela sua unicidade. Norbert Wiener, criador da teoria cibernética, delimitou o objeto de estudo desta ciência na observação comparada do funcionamento do raciocínio do homem com o do computador eletrônico.¹⁴⁵¹ Para tanto, o cientista cibernético utiliza-se de

¹⁴⁵¹ O problema da setorização da cibernética foi enfrentado no item 4.7, do nosso *O direito cibernético: um enfoque teórico e lógico-aplicativo*, vejamos: **“4.7 - Setorização da cibernética. cibernética de primeira e segunda ordens.** A cibernética nasceu para ser aplicada de maneira interdisciplinar àquelas áreas do conhecimento estudadas por vários setores da ciência, abrangendo um considerável leque de disciplinas. No entanto, já em 1976, Losano afirmou que a **unificação** pretendida por Wiener não mais existe. A cibernética foi-se fragmentando em tantos setores que a “ligação”, ou seja, aqueles pontos de intersecção entre determinados ramos do saber, não restam atualmente muito evidenciados. Apesar disso, os estudos cibernéticos dotam-se de características invariáveis e que constituem ainda, o fator de ilação e unificação dos vários setores da cibernética. Não obstante isso, é possível vislumbrar-se alguns destes setores como a teoria dos sistemas e a teoria da informação. A **teoria dos sistemas** obteve sobrelevado realce nas ciências sociais, proporcionando o surgimento da idéia da divisão da disciplina de Wiener em cibernética de primeira e segunda ordens. A **teoria da informação**, afirmara Losano, tende a desenvolver-se em razão de o computador já não mais estar limitado a único lugar, tendendo transformar-se em uma série de circuitos encabeçados por um computador. É indiscutível o imensurável progresso da teoria da informação, entretanto, seu desenvolvimento, ao contrário do afirmado por Losano, não se verificou em decorrência do uso dos computadores mainframes (estrelas do mar), outrossim, o fenômeno da disseminação da informação deveu-se à telemática, especificamente com a disponibilidade para o público em geral do acesso à grandes **redes** telemáticas, como a internet, por exemplo. O fato é que a cibernética nasceu, se desenvolveu e se impôs, mas sua aceitação pelo meio jurídico, a princípio, não foi pacífica. Se por um prisma a comunidade jurídica norte-americana a recepcionou incontinenti, o mesmo não se pode afirmar em relação à européia, mormente na extinta União Soviética, onde alguns autores chegaram a negar o seu caráter científico. Comentando a receptividade inicial da cibernética na extinta União Soviética, Harold Hatt assinala que a primeira reação dos marxistas a seu respeito foi malsinar a disciplina por considerá-la incompatível com o materialismo dialético, chegando-se a afirmar que era uma “falsa ciência” e que estava condenada a perecer juntamente com o imperialismo que lhe havia dado vida. No entanto, a posteriori o partido comunista declarava que a cibernética seria um meio importante para a passagem do socialismo para o comunismo. A bem da verdade, acentuou Havemann, que sem o uso da cibernética os russos jamais teriam chegado à era dos Sputniks. Dirimindo de uma vez por todas essa questão Leo Apostel obtempera que uma cabal compreensão do materialismo dialético somente é possível se se aplicar aos principais problemas da dialética o método cibernético. Neste particular, Luño chega a consignar que Lefebvre empregou a cibernética em suas análises da lógica dialética, especificamente em sua “Lógica Formal/Lógica Dialética”. Na verdade, na referida obra, apesar de não termos encontrado qualquer referência expressa à cibernética, - nem sequer na bibliografia consta qualquer trabalho ou autor que trate do assunto. Constatamos que Lefebvre emprega o método caixa preta quando explica o conteúdo da lógica dialética, concebendo-a como um encadeamento, desprovido de conteúdo, o quanto possível, ao mesmo tempo em que é incapaz de libertar-se dele. A lógica dialética tenciona transcender oposições meramente formalizáveis, mas intenta também contrastar proposições concretas, o que lhe permite, assim, estudar analiticamente as relações intermediárias entre forma e conteúdo. Com efeito, Lefebvre refere-se apenas ao mecanismo black box na tentativa de ampliar os métodos de pesquisa da lógica concreta, chegando a formular o seguinte fluxograma :A crescente curiosidade dos cientistas das áreas sociais pela cibernética, ocasionou o deslocamento do interesse de pesquisa do seu núcleo primitivo – estudo comparativo do funcionamento de máquinas computacionais (sistema organizado) e do cérebro humano – para centrar-se a partir de então na compreensão de sistemas auto-organizados, sociais ou biológicos. Modernamente, há quem subdivida a cibernética em dois compartimentos ou ordens: **cibernética de primeira ordem** e cibernética de **segunda ordem**. A cibernética de **primeira ordem** envolve o estudo sobre os mecanismos de homeostase, bem como os processos mantenedores da

vários saberes pertencentes a outras disciplinas como, por exemplo, da ciência da computação, da informática, da telemática, da psicologia, do direito, etc. A fecundidade da ciência cibernética reside, exatamente, nessa interdisciplinaridade, pois quanto mais um fenômeno é estudado por um maior número de ramos científicos diversos mais se aprofunda o conhecimento sobre o mesmo.

Setorizar a cibernética é o mesmo que desperdiçar esta vantagem. É o mesmo que restringir um conhecimento tendente a alargar-se. É aceitar que a dogmática jurídica não deve socorrer-se de conhecimentos jus-filosóficos ou sociológico-jurídicos. Não se pode esquecer que a cibernética nasceu em decorrência de um estudo conjugado de vários cientistas de áreas distintas sobre fatos correlatos. O transporte de uma informação jurídica, exemplificativamente, se estudado exclusivamente pela telemática jamais logrará o mesmo resultado se comparado a uma investigação cibernética inclinada a analisar o comportamento dos receptores daquela informação e as conseqüências jurídicas daí advindas. Disso se conclui que a unicidade cibernética constitui-se num princípio – sem se confundir com uma norma principiológica - a ser observado pelo jurista, sob pena de o saber resultante da aplicação da tecnologia ao direito consistir em algo isolado em detrimento do princípio da interdisciplinaridade acima tratado. A setorização da cibernética repercutirá também na partição da juscibernética, cujo maior mérito, segundo o seu próprio criador, foi o de reunir numa única teoria todas as vertentes do pensamento volvidas para a

*estabilidade nos organismos e sistemas cibernéticos, que apesar das constantes interações entre seus componentes, conseguem manter-se estáveis, através de mudanças adaptativas e graduais. Caracteriza-se ainda pelo desinteresse por idéias auto-referentes, que a exemplo dos computadores, eram investigadas por um prisma ontológico. As definições dos sistemas neste approccio fundamentam-se na estabilidade e são dirigidas para a estrutura interna dos sistemas. O que garante a estabilidade interna de um sistema, por seu turno, consoante a primeira ordem, é a ativação de dispositivos controladores de sua regulação, assim, verificado qualquer afastamento na forma de seu funcionamento padrão, o próprio sistema, auto-regulando-se, efetua mutações de adaptabilidade com o escopo de manter sua funcionalidade nos albores de seu molde paradigmático. A cibernética de **segunda ordem** surge com uma proposição de von Foster, para quem os modelos precedentes baseados nas idéias de estabilidade e controle dos sistemas, até então conhecidas, eram incapazes de retratar o fenômeno adaptativo de mutação descontínua e ao mesmo tempo a manutenção da padronização de um sistema, dês que procuravam explicar a manutenção do padrão através de mudanças contínuas e graduais (mudanças de primeira ordem). Restava, pois, sem explicação o equilíbrio derivado de mudanças descontínuas e abruptas (mudanças de segunda ordem). Para von Foster tanto os sistemas sociais quanto os biológicos, são, em princípio, instáveis e funcionam em níveis longínquos do equilíbrio, são “estruturas dissipativas” cujo modo operacional consiste em transformar a desordem em ordem através de mecanismos de retroalimentação. PIMENTEL, Alexandre Freire, op. cit. p. 84.*

aplicação da tecnologia ao direito. Assim, e para salvaguardar a conquista teórica empreendida por Losano, elevamos à categoria de princípio a unicidade cibernética, ou seja, por considerarmos tratar-se de uma verdadeira e basilar construção hermenêutica, no sentido de Nelson Saldanha.

4. Princípio da rejeição dicotômica entre: direito informático, telemático, jurimetria, giuritecnica, direito artificial e outras nomenclaturas.

Vimos no capítulo 02 que o objeto do direito ‘informático’ consiste na aplicação da tecnologia à experiência jurídica dissociada dos saberes cibernéticos, a exemplo da prescindência da teoria dos sistemas, pode ser traduzido pelo conjunto de normas que regulam esta aplicação. Pois bem, o tratamento da informação jurídica visto sob este restrito prisma pode operar-se num ambiente eletrônico sem a necessidade de transporte para outros aparelhos computacionais. Nesse caso, a manipulação tecnológica da informação jurídica estará restrita à informática. Pode também ocorrer que a operação eletrônica consistente no tratar dados jurídicos exija o transporte para outro ou outros locais. Nesse caso, o tratamento tecnológico além de se utilizar da informática socorre-se, também, da telemática.

É exatamente baseando-se nesse tratamento diferenciado que alguns autores pretendem dicotomizar e, ao mesmo tempo, vislumbrar dois objetos diferentes em decorrência da aplicação da tecnologia ao direito.¹⁴⁵² Quando o tratamento dos dados jurídicos quedasse-se restrito a um único local, sem necessidade de transporte, estaríamos diante do direito informático. Quando a informação jurídica necessitasse de transporte, estaríamos diante do direito telemático. Quem assim pensa olvida-se que a informação consiste num bem imaterial e independentemente de ser

¹⁴⁵² AZPILCUETA, Hermilio Tomás. *Derecho informático*, p. 45. Em sentido contrário veja-se nossa exposição no capítulo VII, de nosso *Direito cibernético: um enfoque teórico e lógico-aplicativo*.

transportada por vias telemáticas proporciona sempre a transmissão do conhecimento ao signatário. Ora, se a informação pode ser seccionada em duas etapas: numa, dando forma e significação a uma mensagem; e noutra, transmitindo a notícia contida na mensagem. A informação terá sempre dois momentos e uma única função. Assim, o fenômeno jurídico que apanhe a informação jurídica tratada de forma eletrônica como objeto de seu saber, quer realize o seu transporte entre dois ou mais computadores, quer não, só deve lograr uma única designação: direito teleinformático.

Não existe objeção lógica a impedir que o tratamento da informação jurídica, quando restrito apenas à informática e/ou telemática seja designado como direito teleinformático. Depois, devemos ressaltar que a expressão *informático* é mais abrangente que telemático, pois o vocábulo *telemática* designa sempre o transporte de mensagens através de meios estritamente telemáticos. Ademais, o atual momento aconselha a não fragmentação do que ainda incipiente é. Pelo que, constitui um princípio a exigência de unificação dos conhecimentos jurídicos sobre a experiência da tecnologia ao direito. Aliás, quando vislumbramos a denominação *direito teleinformático*, não esquecemos que este aspecto justecnológico, a bem da verdade, integra uma teoria jurídica cujo universo temático é bem mais abrangente: a juscibernética. E que há várias outras nomenclaturas acerca desse fenômeno, como estudamos no capítulo 02. Metodologicamente, não nos parece adequado que cada uma delas logre autonomia científica, mas que sejam consideradas como compartimentos de uma teoria jurídico-cibernética mais ampla. Esta unidade representa o ponto de partida (o princípio) para o alavancar do reconhecimento de uma nova disciplina jurídica: o *direito cibernético*.

5. Princípio da necessidade interdisciplinar do direito cibernético.

A disciplina *direito cibernético* encontra seu núcleo generativo de interesse no computador eletrônico. A máquina computacional interliga os saberes informáticos,

telemáticos e cibernéticos à teoria jurídica, para, a partir daí, tornar viável a concepção de uma nova lógica e linguagem jurídicas redundando numa peculiar maneira de raciocinar o jurídico. Todavia, se por um aspecto, sem o computador eletrônico não haveria a possibilidade da criação da teoria juscibernética, por outro, ele, se considerado isoladamente, é impotente para solucionar os problemas jurídicos.

A eficácia jurídica da máquina computacional somente se revela plena quando a ela se aplicam, concomitantemente, os saberes informáticos, telemáticos, cibernéticos e jurídicos. Dissociado da interdisciplinaridade científica caracterizadora do direito cibernético, o computador pode até mesmo agravar problemas já existentes. Em importante depoimento nesse sentido o Desembargador Lázaro Guimarães, do TRF da 5ª Região, assinalou que a imagem mágica dos equipamentos eletrônicos instalados nos tribunais brasileiros não conseguiu, até o momento, apresentar a eficácia jurídica esperada. Dentre outros motivos sobressai-se a falta de planejamento informático e telemático, pois, demonstrando verdadeira falta de inteligência das autoridades judiciárias brasileiras, vários sistemas implantados em diversas cortes de justiça são incompatíveis, entre si, restando dificultado o intercâmbio entre magistrados do Brasil.¹⁴⁵³

A interdisciplinaridade, portanto, por representar um fator imprescindível ao pleno desenvolvimento da ciência juscibernética constitui-se num princípio no sentido de que está a designar um *ponto de partida* indispensável para o sucesso do direito da tecnologia. A interdisciplinaridade é sim princípio do direito cibernético, também, porque, no sentido de Nelson Saldanha, irradiará inspiração criativa de novas regras jurídicas tal como ocorreu com a edição da lei 9800/99. Este exemplo deixa transparecer, a mais pura evidência, uma interligação intersistemática entre o direito processual e a telemática, donde se enxerga claramente um novo e inescusável universo jurídico: o direito cibernético. Esta interdisciplinaridade resta evidenciada na medida em que a tecnologia é aplicada a todos os ramos do direito indistintamente consistindo-se no elo entre a cibernética e o direito. Exemplo insofismável disso é o projeto de lei nº 5.828/2001, que, aprovado na Câmara dos

¹⁴⁵³ GUIMARÃES, Lázaro. O computador. Meio de acesso à justiça. *AJUFE – Revista da associação dos juízes federais*, 1994, p. 30-31.

Deputados e enviado ao Senado, reconheceu a necessidade e os benefícios da aplicação da tecnologia ao direito, instituindo o processo judicial telemático brasileiro.

6. Princípio da compatibilização entre direito natural e direito artificial.

A expressão direito artificial foi utilizada por Frosini com o escopo de se contrapor ao direito natural, entretanto, esta contraposição exaure-se na seara da semântica. A teoria do direito artificial não revoga o jusnaturalismo, ao contrário, tenciona buscar a solução dos problemas jurídicos pelo uso do computador eletrônico sem prescindir do direito natural. Para tanto, unge a cibernética à ciência jurídica através do uso da lógica simbólica e booleana.

A restrição imposta pela teoria do direito artificial, isto é, a redução dos problemas jurídicos a uma dimensão lógica precária, não mais subsiste ante o fato de a programação computacional de alto nível permitir a eletronização computadorizada nos exatos moldes das proposições jurídicas operadas pela linguagem humana. Assim, se redução existe esta decorre da própria linguagem humana e não da computacional. Como esclarecemos no item 12 do capítulo 02, a concepção de Frosini sobre o direito artificial é diametralmente oposta a de Goffredo Telles Júnior. Segundo este autor a expressão *direito artificial* designa o fenômeno da imposição arbitrária da vontade governamental em contraposição aos valores eleitos pela sociedade civil.¹⁴⁵⁴

Pois bem, a concepção de direito artificial por nós adotada não coincide com a de Goffredo Telles Júnior. Pelo contrário, fulcra-se na teoria de Vittorio Frosini, para quem

¹⁴⁵⁴ TELLES JÚNIOR, Goffredo. *O direito quântico. Ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. Max Limonad, 1980, p. 421 e 422. Em tais situações, diz o autor: “... a ordenação imposta é um *Direito artificial*. É um *Direito* que não exprime a realidade biótica da sociedade. É um *Direito* desajustado, às vezes corrompido e às vezes corruptor. É um *pseudodireito* e, às vezes, um *antidireito*”. Esta noção de *direito artificial* choca-se e incompatibiliza-se com a de direito natural: “O *Direito natural* é o *Direito* que não é artificial. É o *Direito* consentâneo com o sistema ético de referência, vigente numa dada coletividade”. LUÑO. *Cibernética, informática y derecho, un análisis metodológico*, p. 93 e segs.

o direito artificial não é um “pseudodireito”, mas é o direito decorrente do uso da tecnologia e que atribui um *logos* à técnica. E sua contextualização teórica na ciência do direito não se queda em posição de contraposição ao direito natural. Ao contrário, refrise-se, a contraposição entre direito natural e direito artificial não transborda as raias da semântica. Na verdade no direito artificial existe a proposta de *ressurreição* do direito natural para transformá-lo numa jurisprudência “*more geometrico demonstrata*”. Direito artificial é o mesmo que direito neutro de emocionalismos, aquele que pode ser aplicado através de uma metodologia privada de paixões. Diz-se artificial o direito não por qualquer contraposição de ordem filosófica ao direito natural, mas por proporcionar uma mutação operada pelo racionalismo tecnológico. Representa um modelo decorrente do avançar tecnológico capaz de consumir a transformação da sociedade numa nova e renovada natureza. De acordo com Luño o direito-cibernético-artificial será capaz de fixar os precisos limites entre o trabalho racional e irracional do jurista e, a partir daí, transmudar a teoria do direito natural numa metodologia estrita das normas jurídicas, transformando o direito natural num sistema normativo onde as regras de direito extrair-se-ão dedutivamente de princípios evidentes, de princípios **naturais**.¹⁴⁵⁵

Esta idéia de que o direito artificial não pode ser utilizado com o escopo ali mencionado por Gofredo Telles Júnior representa um verdadeiro princípio do direito cibernético, de modo a impedir o uso da tecnologia para finalidades autoritárias capazes de infringir o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Trata-se de um princípio assemelhado àquelas garantias constitucionais de primeira geração, cuja finalidade reside exatamente em limitar o poder do Estado em face do cidadão. Sob o aspecto juscibernético a compatibilização entre direito natural e direito artificial, consubstancia garantias constitucionais protetivas de direitos naturais da pessoa humana positivados no texto constitucional. Tal como acontece com a garantia prevista no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, que assegura a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma estabelecida em lei e, apenas, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

¹⁴⁵⁵ LUÑO. *Cibernética, informática y derecho, un análisis metodológico*, p. 93 e segs.

7. Princípio da compatibilização informático-telemática dos sistemas mundiais.

Um planejamento informático-telemático supranacional e uniforme fora concebido por Gero Dolezalek com o escopo de ser aplicado em toda a América Latina, onde o direito cibernético (restritamente considerado para esse fim como informática ou telemática jurídica) inspiraria a concepção de um sistema computacional compatível com a mídia eletrônica de todos os países latino-americanos, como vimos no item 6 do capítulo 02.¹⁴⁵⁶ Isto possibilitaria documentar toda a literatura jurídica de nosso continente, bem como toda a jurisprudência. Para não se correr o risco de monopolização sobre a elaboração de *softwares* deve-se dar preferência à compatibilização em vez da *uniformização* dos programas de computadores. O desenvolvimento de uma tecnologia nesse sentido possibilitará a conexão entre todos os grandes blocos comunitários mundiais e também entre todos os países integrados. Na verdade a internet hoje já permite a integração computacional telemática através de linguagem compatível entre todos os pontos do planeta, desde que o usuário possua um programa navegador detentor dos requisitos mínimos para acessar a rede.

Dolezalek traça um panorama analógico entre o direito cibernético e o direito romano, com notável fundamento comparativo. Com efeito, o direito romano constituiu-se na fonte básica do velho direito comum e também no fundamento da jurisprudência pandectista – sistemática -, passando a influenciar toda a cultura jurídica européia ocidental e, por conseguinte, todo o mundo regido pelo sistema do direito legislado até que cada Estado passou a aplicar apenas o seu direito.¹⁴⁵⁷ De forma similar, o direito cibernético tende a consolidar-se através de normas principiológicas de conteúdos genéricos e abrangentes, capazes de serem aplicadas a um só tempo em todo o orbe e sem quebra da autonomia de cada direito estatal específico, onde a raiz comum inspiradora será esta

¹⁴⁵⁶ DOLEZALEC, Gero. Informática jurídica y derecho romano para la unificación del derecho en latinoamerica. *Revista de direito civil*, nº 27, p. 23-24.

¹⁴⁵⁷ Ibidem.

disciplina, assim como o direito romano fora o laço jurídico que uniu o mundo através do direito comum, também se respeitando a autonomia dos direitos sectarizados. O direito cibernético, pois, será o pano de fundo de uma tela jurídica onde restarão respeitados os *zoons* de todos os direitos positivos dos Estados. Será, na atualidade, uma espécie de novo direito comum.

A exeqüibilidade plena do *direito cibernético* está a exigir que todos os órgãos judiciários brasileiros estejam conectados por uma rede telemática uniforme, que possibilite a comunicação instantânea entre magistrados e magistrados, magistrados e tribunais, e tribunais e tribunais, viabilizando a prática de atos processuais à distância, consulta a bancos de dados de doutrina, jurisprudência e leis, visando, assim, o aperfeiçoamento técnico e científico dos juízes, bem como uma prestação jurisdicional mais uniforme, célere e segura. Isto se constitui num princípio no sentido de que: ou se '*comuniza*' e '*uniformiza*' os meios telemáticos de comunicação entre os órgãos judiciários, ou então o direito não conseguirá acompanhar a evolução social imposta pela revolução tecnológica. Tal, pois, representa uma verdadeira *norma* juscibernética, apesar de não se enquadrar no conceito de *regra jurídica*.

8. Princípio da compatibilização entre as lógicas deôntica e alética.

Demonstramos no item nº 12 do capítulo 01, que as lógicas deôntica e alética são compatíveis, de modo que a adoção de uma não representa, necessariamente, a exclusão da outra. Constatamos que a diferença essencial entre as proposições deôntica e alética reside no *modo-de-referência* relacionado com os respectivos objetos. Dessa forma, nada impede a formulação de uma proposição descritiva com modais do tipo: *verdadeiro* e *falso*. A compatibilização dessas duas espécies de lógica constitui-se num pressuposto inarredável e irrenunciável do direito cibernético, e mais precisamente do processo cibernético. Trata-se, assim, de um *princípio* no mais perfeito significado do termo: é, talvez, o *ponto de partida* mais significativo da aplicação da tecnologia à experiência jurídica.

Uma vez dissociadas as lógicas deôntica e alética restará impossibilitada qualquer formulação computacional-informático-telemático-cibernética, restará inviabilizada a aplicação da informática, da telemática e da cibernética ao direito. A possibilidade de uma proposição deôntica vir a ser concebida como verdadeira ou falsa decorre do “*fato lógico*” de os seus valores poderem ser considerados de forma desvinculada das respectivas situações objetivas a incidir. Isso não significa, entretanto, que os modais deônticos: *obrigatório, permitido e proibido*, sejam redutíveis às formas aléticas, como explicamos no capítulo 01, recorrendo a Lourival Vilanova, tanto as proposições aléticas quanto as deônticas, apenas enquanto proposições lógicas, podem lograr valoração positiva ou negativa. É isto que viabiliza ambas serem representadas pelos símbolos V ou F, ou ainda 0 ou 01.¹⁴⁵⁸

Deste modo, e considerando que os computadores eletrônicos somente processam informações através de funtores aléticos, a compatibilização das lógicas deôntica e alética é premissa necessária e uterina da própria concepção da existência do direito cibernético. E quando pensamos, sobretudo, na aplicação da tecnologia à solução de litígios concretos, aí é que a união dessas lógicas demonstra-se um verdadeiro princípio do *processo virtual*. No campo do direito processual a solução de uma lide requer obrigatoriamente o enfrentamento dos modais deônticos (*obrigatório, permitido e proibido*), e quando pensamos em programas de computadores destinados à conversão da realidade processual tradicional numa ambiência virtualizada, a exemplo do *software* do Desembargador Feu Rosa, faz-se mister ‘*reduzir*’ aqueles modais às formas aléticas, sob pena de a ‘*máquina*’ computacional (*hardware*) não poder processar informações processuais.

9. Princípio da transmutação lógico-computacional da linguagem jurídica: por uma reescritura virtual do direito.

¹⁴⁵⁸ Neste sentido confira-se VILANOVA. *Lógica jurídica*, p. 130-2. E também *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*, p. 75-80.

A transmutação da realidade jurídica tradicional em virtual requer também a alteração da linguagem descritiva dessa mesma realidade. A manipulação de funtores lógicos é dotada de extraordinária arbitrariedade, pois é possível atribuir-se-lhes quaisquer valorações, assim, a expressão *azul* pode representar um objeto distinto da cor azul, exemplificativamente. Contudo, quando se opera com a lógica jurídica é preciso recorrer à linguagem específica do direito e neste caso as proposições lógicas já não mais têm aquela *arbitrariedade* de sentido conotacional. Aqui elas estarão vinculadas aos objetos designados no universo do Direito, que, a seu turno, é regido por uma linguagem específica. Por isso, como visto no item 12 do capítulo 01, Lourival Vilanova falava no tríplice aspecto da linguagem: a do direito-objeto, através da qual o Direito apresenta-se; a do conhecimento do direito-objeto, pela qual deslinda-se o conhecimento jurídico; e a da lógica. Essas três espécies de linguagem, apesar de se situarem em planos diferentes, designam uma única relação: a da linguagem com os objetos designados e com o universo onde ocorrem as relações entre sujeito e objeto.¹⁴⁵⁹

Pois bem, queremos sustentar que na realidade virtual do direito este aspecto da linguagem não é tríplice, mas ‘tetra’. Sustentamos isto porque a *virtualização* do fenômeno jurídico exige, como vimos no item anterior, a transmutação da linguagem lógica (aspecto tríplice da linguagem, segundo Vilanova) numa outra linguagem lógica, porém simbólica. Explicando esta situação, é preciso entender que quando Vilanova falou na linguagem lógica apenas mencionou a lógica deôntica. Este tipo de lógica, isoladamente considerado, não é capaz de resolver problemas jurídicos com o uso do computador eletrônico. Ora, se a virtualização do fenômeno jurídico tem como princípio a compatibilização entre as lógicas deôntica e alética, logo, conseqüente e necessariamente, faz-se imperioso *traduzir* o conteúdo das proposições deônticas em modais aléticos, para proporcionar a ‘*compreensão*’ pela máquina computacional da realidade jurídica. Esta tradução, por sua vez, implica na substituição da linguagem lógica deôntica por uma linguagem lógica alética, compreensível à máquina.

A proposição lógico-alético-simbólica tem a missão de traduzir as proposições descritivas do universo jurídico em linguagem compreensível à máquina computacional. Se

¹⁴⁵⁹ VILANOVA. *Lógica jurídica*, p. 144-5.

é certo que a proposição lógico-deôntica incide sobre a realidade jurídica, sem se confundir com ela, também é certo que a linguagem alética é distinta da deôntica. Entretanto, apesar de aquela conter enunciados veritativos, semânticos e binários (do tipo: verdadeiro/falso), também não coincide com a realidade jurídica, mas representa e ‘descreve’ o fenômeno da virtualização do direito. A alteração da linguagem deôntica para alética importa em mudança de funtores: substitui-se o *dever-ser* pelo veritativo *verdadeiro-falso*. No mais, quanto ao conteúdo jurídico, ambas mantêm os mesmos caracteres e as relações articuláveis são de índole abstrata e detentoras de valências. Quanto aos valores fáticos, por serem extralógicos, não são envolvidos nem pelas proposições deônticas nem pelas alético-informáticas. A virtualização do direito acarreta o seguinte fenômeno lógico-lingüístico: os fatos jurídicos são representados por proposições deônticas; estas podem ser preenchidas por ‘n’ valores do mundo jurídico; uma vez verificado tal preenchimento, isto é, uma vez formalizada uma proposição deôntica, o seu conteúdo será descrito através de uma linguagem simbólica (alética) compreensível à máquina. Em conclusão: a virtualização do direito requer uma reescrita do fenômeno jurídico. A linguagem jurídica representa o fenômeno jurídico; este incide sobre a realidade sem se confundir com ela; a linguagem virtual incide sobre a linguagem jurídica distinguindo-se dela.

Numa ambiência processual, a petição inicial representará a ‘tese’ lógico-dialética da parte autora escrita em linguagem jurídica comum. Formalizada – no sentido de transformada - em proposições aléticas será compreendida pela máquina computacional, que, com base em seu banco de dados jurídicos, determinará a providência processual a ser adotada imediatamente: 01- emenda da petição inicial; 02- indeferimento de plano; 03- apreciação de pedido de liminar; 04- determinação da citação do réu. Citado o réu – através de via telemática – este poderá oferecer a sua contestação também escrita em linguagem jurídica comum – pela internet, por disquete ou CD – que será transmudada para linguagem lógico-alética e, em seguida, o computador determinará as providências processuais cabíveis para o momento. Este suceder de atos processuais cibernetizados representa uma nova concepção de processo a romper com os conceitos tradicionais. Traduz uma oferta de celeridade podendo constituir-se num poderoso instrumento de efetividade processual. Para tudo isso ocorrer, faz-se necessário: 01- o procedimento de compatibilização entre essas

duas espécies de lógica; 02- a reescritura do fenômeno jurídico através de linguagem alético-simbólica.

Já restou esclarecido, no item 13 do capítulo 01, que o fato de o computador basear-se no alfabeto binário não constituirá obstáculo à concretização de nossa proposta, pois a conciliação entre lógica alética e deôntica, formal e dialética, acarretou a formalização do discurso dialético, tanto que Hegel prescindiu da lógica de dois valores e criou uma de quatro.¹⁴⁶⁰ O estudo das lógicas com mais de dois valores, ao contrário do que já se argumentou, interessa para o jurista cibernético, mormente porque a inteligência artificial viabiliza a elaboração de uma proposição deôntica sob o aspecto da verdade ou falsidade (aspecto alético), sendo representadas pelos símbolos: V/F, ou 0/01. Com o advento das linguagens computacionais de alto nível, refrise-se, tornou-se viável a formulação de proposições lógicas em linguagem humana natural, em seguida traduzidas pelo *hardware* em linguagem de máquina.¹⁴⁶¹

A reescrita do direito em notações algorítmicas binárias e aléticas representa um princípio do direito cibernético, pois é fator imprescindível do processamento eletrônico de informações jurídicas. A cibernetização do processo 'parte' e pressupõe esta reescritura jurídico-virtual.

O próximo item e seus sub-itens representam o segundo setor de nossa taxonomia principiológica, no qual se examinará a contratação eletrônica e da qual se erigirá o princípio da proteção ao consumidor.

10. Princípio da proteção do consumidor na contratação telemática.

¹⁴⁶⁰ LOSANO, op. cit. p. 42.

¹⁴⁶¹ VILANOVA. *Lógica jurídica*, p. 130-2. E também: *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*, p. 75-80.

Objetiva respaldar de juridicidade eficaz e probatória os contratos celebrados por computador, preservando o consumidor nas relações contratuais consumeristas. Para tanto, é imperioso que a instrumentalidade eletrônica possibilite a identificação das partes contraentes, a translucidez da manifestação da vontade emitida, bem como que o ato negocial não seja passível de adulteração. A análise da contratação eletrônico-telemática requer o entendimento histórico a respeito da grande rede de computadores: a *internet*. Para tanto, resolvemos seccionar este item em alguns sub-itens específicos.

10. 1. A internet e o comércio eletrônico.

O modelo de computador “*mainframe*”, que ficava ao centro de um sistema como uma estrela do mar cujos tentáculos interligavam em cada extremidade “terminais burros”, noutras palavras, terminais que para processar determinada informação dependiam da “inteligência” da máquina central, da “estrela”, já no ano de 1969, havia sido superado pelo conceito de *rede telemática* onde muitas máquinas inteligentes podem ser conectadas, de maneira a usufruírem informações, compartilhando recursos sem que, no entanto, nada mais fosse centralizado num único computador. E isto aconteceu quando o Departamento de Defesa dos Estados Unidos, no citado ano, criou a ARPAnet (*Advanced Research Projects Agency* - Agência de Projetos de Desenvolvimento Avançado), com a finalidade de evitar que um ataque nuclear fosse capaz de, uma vez destruindo os “*mainframes*”, aniquilar todas as informações que os mesmos contivessem.¹⁴⁶²

Com o fim da Guerra Fria, a rede, que mais tarde veio a receber o nome de Internet, teve seu acesso a partir de então disponibilizado:

¹⁴⁶² Outros seriam os efeitos da explosão de uma *rede*, como nos mostram Alfred e Emily Glossbrenner: “A descentralização foi um aspecto crucial do ARPAnet desde então e, além de facilitar assuntos de defesa interligando o Pentágono, controladores de defesa e universidades de pesquisa, o ARPAnet oferecia a esperança de que pelo menos alguma parte da rede sobreviveria a um ataque nuclear. Ao explodir uma ‘estrela do mar’ você coloca o sistema inteiro fora do ar, mas explodindo uma rede você está meramente removendo alguns nós. A rede propriamente dita continua a funcionar”. GLOSSBRENNER, Alfred e Emily. *Internet*. Tradução de Roberto R. Tavares. Excel Books, 1994, p. 2- 3.

primeiro para as universidades norte-americanas; depois para o público em geral. Atualmente a Grande Rede envolve uma teia de milhões de computadores interligados por todo o mundo, através de cabos telefônicos de alta velocidade, satélites ou rádio, transformando conceitos tradicionais como o de espaço territorial e estabelecimento comercial, dentre tantos outros.¹⁴⁶³ A circulação de dados pela internet cresceu de tal maneira que hoje ela é considerada como um verdadeiro sistema nervoso social, no entanto, ao permitir o crescimento da diversidade periférica, robustece a padronização central.¹⁴⁶⁴ Os negócios celebrados através da internet atingem hoje a soma de mais de cinquenta bilhões de dólares, e nesse panorama, a considerar o número de usuários, o Brasil é o terceiro país das Américas e o décimo oitavo no mundo.¹⁴⁶⁵ É por esse e outros motivos que Flamarion Tavares Leite concebe a grande rede como um verdadeiro arquétipo do ciberespaço.¹⁴⁶⁶

Pois bem, é neste contexto que novas relações jurídicas contratuais estão a surgir a cada dia, mas sem uma legislação atual e específica para a regulamentá-la, o velho e o novo código civil, por exemplo, são omissos em relação aos contratos celebrados por meios telemáticos. Mesmo assim, a contratação eletrônica é uma realidade e o comércio eletrônico - *e-commerce* - pode ser conceituado como o fenômeno jurídico que proporciona a realização de transações comerciais efetivadas por meios telemáticos. Não se requer, necessariamente, que os contratos sejam

¹⁴⁶³ Pode ser definida como: “... um sistema global de redes de computadores que possibilita a comunicação e a transferência de arquivos de uma máquina a qualquer outra máquina conectada à rede, possibilitando, assim, um intercâmbio de informações sem precedentes na história, de maneira rápida, eficiente e sem a limitação de fronteiras, culminado na criação de novos mecanismos de relacionamento”. CORRÊA, Gustavo Testa. *Aspectos jurídicos da internet*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 08.

¹⁴⁶⁴ De acordo com Delfim Soares, “... isto se deve à instrumentalização sistêmica da comunicação e da organização social”. SOARES, Delfim. *Revolução cibernética na comunicação e ilusão democrática*. Ciberlegenda Número 1/1998, <http://paginas.teleweb.pt/~delfsoar>

¹⁴⁶⁵ Sobre o valor de mercado hoje pertencente à internet, vide: CORRÊA, Gustavo Testa, op. cit. p. 08. E sobre a situação do Brasil na América e no mundo, veja-se LUNA FILHO, Eury Pereira. *Internet no Brasil e o Direito no Ciberespaço*, <http://lexvirtua.vilabol.uol.com.br/artigos/artigo21.htm>

¹⁴⁶⁶ “Assim, a revolução digital concentrou-se em torno da Internet, arquétipo de ciberespaço. O corolário dessas mudanças é que todas as áreas da sociedade serão afetadas...”. LEITE, Flamarion Tavares, op. p. 134.

concretizados através de redes, mas por meios telemáticos. É certo, porém, que a maioria absoluta das transações contratuais telemáticas sucedem-se pela internet. O ambiente no qual as contratações eletrônicas ocorrem é sustentado por uma estrutura tecnológica que permite o processamento e a transmissão de dados digitalizados em linguagem natural, bem como em linguagem lógica, ou mesmo por imagens.¹⁴⁶⁷ Pode-se entender o comércio eletrônico como a compra e venda de informações, produtos e serviços por meio de redes de computadores.¹⁴⁶⁸

Por sua vez, o objeto da contratação pela internet, ou por outras redes telemáticas, não se restringe apenas à seara mercantil. Outrossim, inúmeros contratos, como de prestação de serviços, também são considerados pela doutrina como integrantes do gênero comércio eletrônico.¹⁴⁶⁹ Para Luiz Olavo Baptista o comércio eletrônico representa uma forma de retorno à era dos mascates, pois estes mercadores não tinham domicílio certo e para vender os seus produtos dirigiam-se às casas dos possíveis compradores com mercadorias de pequeno porte, ou imagens de seus produtos.¹⁴⁷⁰ A semelhança, nos parece, adstringe-se ao aspecto de o prestador de serviço ou vendedor de mercadorias não possuir uma sede fixa. Mas é bem verdade que a maioria das empresas que vendem produtos e/ou

¹⁴⁶⁷ PINTO, Márcio Morena. *O comércio eletrônico internacional na internet*. http://apriori.com.br/artigos2/comercio_eletronico.htm. 17/01/2002.

¹⁴⁶⁸ MORAES, Rafaella Corte Real de. *Perspectiva jurídica do comércio eletrônico*. Monografia apresentada na UNICAP – Universidade Católica de Pernambuco, para a obtenção do título de bacharel, nov/2002.

¹⁴⁶⁹ VENTURA, Luis Henrique. *Comércio e contratos eletrônicos – aspectos jurídicos*. 1. ed. Bauru: Edipro, 2001, p. 20.

¹⁴⁷⁰ **“O comércio eletrônico é, de certa forma, o retorno do ‘mascate’. Todos nós temos a lembrança deste personagem, freqüente nos tempos coloniais, ainda existente no início do século XX, e que visitava a casa das pessoas na zona rural ou nos bairros afastados, levando mercadorias de pequeno porte, e imagens ou amostras de outras que entregaria quando encomendadas pelo comprador interessado. O mascate não tinha estabelecimento próprio. Ia até o comprador, e oferecia-lhe bens que, em grande parte, não tinha em estoque e adquiria para entregar, quando encomendadas. A especificidade da atividade comercial do mascate era a de se deslocar diante do consumidor final e oferecer-lhe, verbalmente, a mercadoria, eliminando a necessidade de deslocamentos físicos destes, propondo-lhe uma variedade de bens”.** BATISTA, Luiz Olavo, *apud* PINTO, Márcio Morena. *O comércio eletrônico internacional na Internet*. http://apriori.com.br/artigos2/comercio_eletronico.htm. 17/01/2002.

serviços pela internet possuem sim uma sede virtual (*site*), mas também uma física, como, por exemplo, ocorre com as livrarias jurídicas.

10.2. A contratação eletrônica em face do novo código civil:

segurança e criptografia assimétrica.

No contrato eletrônico a avença é celebrada através de rede computacional telemática, pela qual se veicula a transmissão eletrônica dos dados contratuais necessários à efetivação do negócio jurídico. O novo código civil, como já frisamos, não regulamentou a contratação eletrônica.

Isso, todavia, não se constitui em obstáculo legal à implementação contratual nas redes computacionais. A falta de disposição expressa no novo código não impede nem torna ilícitas as transações contratuais efetuadas através da internet.

Em razão de registrar o encontro de vontades dos contratantes em meio magnético, o contrato eletrônico suscita algumas questões jurídicas peculiares. Elas estão vinculadas ao fator ‘segurança’ em relação à identidade das partes, ao momento e lugar da formação do vínculo e ao conteúdo do contrato. Neste contexto, já se defendeu que os contratos eletrônicos não acarretam direitos ou obrigações em face de não se materializarem em meio *tangível*, a exemplo do papel que traduz as vontades das partes contratantes. Por isso, a validade e a eficácia contratual eletrônica estaria a depender de alterações legais reconhecedoras de sua licitude. *Data venia*, o ordenamento jurídico brasileiro admite sim a validade e a eficácia probatória dos documentos eletrônicos, dos contratos inclusive, tanto que o artigo 374 do código de processo civil considera que o

telegrama, o radiograma ou qualquer outro meio de transmissão têm a mesma força probatória do documento particular.

Disposição semelhante – elogiável - encontra-se no artigo 225 do novo código civil, que põe fim à discussão da validade dos documentos eletrônicos – aos contratos, portanto – ao prescrever: “As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte contra quem forem exibidos não lhes impugnar a exatidão”. A ressalva constante da parte final do artigo não diminui o valor probatório da prova eletrônica, pois as partes de um processo podem impugnar a exatidão de qualquer documento, de qualquer natureza, invocando, para tanto, o artigo 390 do CPC. Ora, no âmbito do direito comercial, saber jurídico que prima pelo informalismo e pelo cosmopolitismo, admite-se a validade de contratos celebrados, por telefone, por carta e por fax. Assim, se o óbice existente contra a aceitação dos contratos celebrados pela internet decorre da *intangibilidade* do meio, a ausência de instrumento representado por papel, então, conseqüentemente, este mesmo argumento deveria, também, obstar a validade dos contratos verbais e dos celebrados por telefone. Ou, no sentido inverso, o raciocínio a ser construído deveria levar em conta as mesmas premissas para se aceitar a validade dos contratos eletrônicos.¹⁴⁷¹

Ao contrário do que se pensa, a contratação eletrônica tende a se tornar cada vez mais segura. O avanço das tecnologias da informação proporcionou o uso de técnicas informáticas que dificultam deusas a adulteração das transações via internet. A criptografia, técnica de escrever em cifra ou em código, possibilita que dois interlocutores comuniquem-se de modo particular e privativo, fazendo uso de um canal público e até

¹⁴⁷¹BRASIL, Angela Bittencourt. *O comércio eletrônico: e-commerce*. http://www.ibdi.hpg.ig.com.br/artigos/angela_brasil/005.html. 17/01/2002.

mesmo inseguro, mas, ao mesmo tempo, de maneira segura.¹⁴⁷² E a adoção da assinatura digital trará maior garantia de inviolabilidade documental, proporcionando, realmente, que um interlocutor-contratante saiba que a mensagem recebida foi enviada e assinada pelo outro contraente.¹⁴⁷³ Essa realidade tornou-se factual quando adveio a técnica da criptografia assimétrica, a qual utiliza duas chaves: uma, dita chave privada, fica sob a responsabilidade do proprietário do sistema criptográfico para seu uso exclusivo; outra, denominada chave pública, é distribuída com as pessoas com as quais o dono do sistema mantém comunicação segura. A vantagem desta tecnologia consiste em qualquer dessas chaves permitir utilização para cifrar textos e somente a outra chave ser capaz de os decodificar.¹⁴⁷⁴

10.3. Confrontação dos dispositivos invocáveis no velho e no novo código.

**Pois bem, considerando as premissas acima aventadas,
passemos para a problematização da validade da contratação eletrônica na**

¹⁴⁷² “A palavra criptografar (do grego = *kryptos* + *graphe*) tem por significado a arte de escrever secretamente, em cifra ou em código, de modo a permitir que somente quem conheça o código possa ler a mensagem. é um método matemático de embaralhar e desembaralhar informações”. Gomes, Maria do Perpétuo Socorro Maia. Contrato eletrônico e seu valor probatório. Monografia apresentada como requisito para conclusão de graduação em direito. AESO – Ensino Superior de Olinda Ltda. FADO – Faculdade de Direito de Olinda, 2002, p. 44.

¹⁴⁷³ A segurança jurídica do comércio e do documento eletrônico foi regulamentada pela Medida Provisória nº 2.200, de 2001, que sofreu ataques da doutrina em face de não manter pertinência com as legislações que tratam do mesmo tema em outros países, nem com a proposta da Lei Modelo da Uncitral, e, nem mesmo, enfim, com o projeto de lei da OAB-SP. Um dos problemas desta MP consiste na imposição de que os documentos eletrônicos devam ser assinados com chaves certificadas por uma Autoridade Certificadora credenciada pelo Comitê instituído. Estes problemas foram solucionados em parte, com a reedição daquela MP. A obrigatoriedade do uso da criptografia assimétrica vem determinada no artigo 6º da MP nº 2.200-2/2001: *Às AC (Autoridades Certificadoras), entidades credenciadas a emitir certificados digitais vinculando pares de chaves criptográficas ao respectivo titular, compete emitir, expedir, distribuir, revogar e gerenciar os certificados, bem como colocar à disposição dos usuários listas de certificados revogados e outras informações pertinentes e manter registro de suas operações. Parágrafo único. O par de chaves criptográficas será gerado sempre pelo próprio titular e sua chave privada de assinatura será de seu exclusivo controle, uso e conhecimento.*

¹⁴⁷⁴ GOMES, Maria do Perpétuo Socorro Maia, op. cit. p. 46-7.

ambiência jurídica criada pelo novo código civil. Como o novo código não tratou do assunto explicitamente, o raciocínio em prol da juridicidade da contratação por meios telemáticos é similar ao existente na legislação civil de 1916, com o reforço do novel artigo 225.

A contratação eletrônica é considerada válida na atualidade, mesmo a despeito da falta de legislação específica sobre o fenômeno. Isto se dessome e decorre de uma interpretação sistêmica, como passaremos a ver.

10.3.1. A omissão da lei civil brasileira:

necessidade de recorrência à hermenêutica integrativa?

Apesar de a nossa lei civil não dispor expressamente sobre a contratação eletrônica, parece-nos possível solucionar controvérsias jurídicas contratuais telemáticas aplicando-se a lei existente. Ainda que se reconheça a omissão legislativa, esta não chega ao nível da lacuna, mas ainda que assim se considere, a contratação eletrônica pode ser validada através de exercício hermenêutico integrativo lastreado na aplicação da analogia ou dos costumes. E mesmo ultrapassada a fronteira hermenêutica da analogia e dos costumes, o que não é razoável, chegaríamos, enfim, ao recurso aos princípios gerais e, também por eles, validaríamos a contratação eletrônica, como passaremos a comprovar.

Vimos no item nº 04 do capítulo anterior que há uma tendência universal nos sistemas provenientes da família romanista a considerar os princípios gerais como fontes subsidiárias do direito (artigo 4º da lei de introdução ao código civil brasileiro). Evidenciou-se também que as legislações alienígenas dispõem de forma similar, tal como ocorre com os códigos civis argentino, mexicano e italiano. Pois bem, o artigo 82 do código civil de 1916 condiciona a validade do ato jurídico a que: o agente seja capaz; o objeto seja lícito; a forma seja prescrita ou não defesa em lei. O novo código repete, no artigo 104, quanto à questão da forma, as mesmas exigências do anterior, isto é: “a validade do ato

jurídico requer – forma prescrita ou não defesa em lei”. Ora, considerando que a *forma* de contratação por meios telemáticos é lícita, sob este aspecto nada muda com a redação do artigo 104 do novo CC, ou seja, a contratação telemática continua válida e eficaz, mormente pela recorrência ao já invocado artigo 225. Isso demonstra que a nossa lei civil, apesar de ser omissa em relação ao tratamento explícito da contratação eletrônica, não chega a proporcionar uma lacuna, de modo a não se fazer necessário recorrer à analogia, aos costumes ou aos princípios gerais do direito para justificar a validação dos contratos celebrados por meios telemáticos.

Todavia, se assim se preferir, basta, como explicado acima, recorrer ao artigo 4º da nossa LICC e argumentar que o novo código dispôs acertadamente sobre a validade dos atos jurídicos pelo artigo 225. Caminhou no mesmo sentido da lei modelo da UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*), que no artigo 5º, onde trata do reconhecimento jurídico dos negócios celebrados por meios telemáticos, diz: “*não se negará validade ou força obrigatória a um contrato pela única razão de haver sido celebrado por meio eletrônico*”. O exercício elaborado acima permite ao juiz que pretender validar contratações eletrônicas, por cautela, invocar este artigo 5º explicitando que: além de existir norma de direito internacional invocável por analogia; além de a contratação telemática já fazer parte dos nossos costumes, pois que se trata de prática reiterada e constante entre nós, operante há tempo suficiente para ser considerada como tal; além de tudo isso, se se recusar a recorrência à lei, à analogia e aos costumes, resolver-se-ia o problema pela aplicação integrativa dos princípios gerais de direito.

Inadmissível é não se validar uma forma de contratação que já movimenta e representa bilhões de dólares em negócios empresariais, sob o argumento de inexistir norma legal específica. Neste sentido, vimos no item nº 03 do capítulo anterior que o código civil de 1916, secundado, primeiramente, pelo CPC de 1939, e depois pelo atual (artigo 126), impede o juiz de se eximir de sentenciar ou de despachar sob alegação de haver lacuna legal ou obscuridade na lei, determinando-lhe: “... *No julgamento da lide*

caber-lhe-á aplicar as normas legais, não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”. Assim, mesmo que inexistisse norma legal aplicável, a contratação telemática seria, mesmo assim, válida e jurídica.

10.3.2. Reserva mental divergente da declaração de vontade emitida e a validação da contratação eletrônica.

O artigo 129 do código revogado, que corrobora o também revogado artigo 82, diz que “*a validade das declarações de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir*”; o novo código repete a mesma regra no artigo 107, estipulando: “*a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente o exigir*”. Quanto a isto não há novidade, contudo o novo

CC traz uma regra sem correspondente no anterior em relação à manifestação de vontade, que, a nosso ver, trará consequências na contratação eletrônica. Trata-se da norma contida no artigo 110, a qual considera que a manifestação de vontade subsiste, “*... ainda que o autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário não tinha conhecimento*”. O código de 1916 não tem norma correspondente.¹⁴⁷⁵ Pode ocorrer que um consumidor manifeste adesão à proposta contratual veiculada num *site* qualquer, através do envio de *e-mail* e, depois, queira manifestar arrependimento. Isso nos parece plenamente factível, pois não há que se confundir a manifestação de vontade divergente da correlata reserva mental, com o direito ao arrependimento. Quando mais, se se tratar de relação jurídica consumerista, ao consumidor continuará sendo lícito socorrer-se das disposições do Código do

¹⁴⁷⁵ ALVES, Jones Figueiredo e DELGADO, Mário Luiz. *Novo código civil confrontado com o código civil de 1916*. São Paulo: Método, 2002, p. 155.

Consumidor, para exercer o direito ao arrependimento (artigo 49 do CPDC).

10.3.3. Oferta contratual eletrônica e o problema do *spam*.

Outra disposição sem equivalente no código de 1916 é a constante do novel artigo 111, que diz: “*O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa*”.¹⁴⁷⁶ Bem, a aplicação deste artigo no caso de *spam* deve ser veementemente recusada. Ora, *spam* consiste no recebimento de mensagens não solicitadas através de e-mail, dêz que possuam conteúdo comercial.¹⁴⁷⁷ É comum recebermos inúmeras propostas contratuais em nossa caixa postal eletrônica, sem a nossa solicitação. Não raro propostas solicitam uma negativa do destinatário, sob pena de se considerar efetuado contrato eletrônico, nesses casos o contrato não deve ser considerado como celebrado tão somente porque o internauta não manifestou a recusa. Pelo contrário, os *spams* constituem-se numa prática ilegal e abusiva de invasão de privacidade e, geralmente, estão relacionados aos *cookies*, programas que perseguem o internauta pela rede, verificando suas preferências, para, em seguida, oferecer produtos ou serviços.¹⁴⁷⁸ A

¹⁴⁷⁶ Ibidem, p. 155.

¹⁴⁷⁷ “A mensagem não solicitada, enviada por e-mail, atualmente também atende pelo nome de *spam*. Mas para ser caracterizada assim é necessário também que ela tenha conteúdo comercial. Suas conseqüências são problemáticas, não somente para os usuários de e-mail, mas também para provedores de Internet. Deve-se lembrar que, para se ter acesso à Internet, é necessário pagar por ele. Mesmo que se use um provedor gratuito, ainda há custos para completar o acesso. Por outro lado, os provedores também pagam por uma grande estrutura para fornecer o acesso, calculada principalmente pelo volume de informações que transitam por ele. Assim, o *spam* atinge, de uma só vez, essas duas estruturas, pois impõe ao usuário de e-mail um maior custo telefônico para receber mensagens, e impõe ao provedor um gasto maior devido ao aumento dos e-mails que circulam pela rede”. VIANNA, Cynthia Semíramis Machado. *Spam: uma abordagem crítica*. www.infojus.com.br.

¹⁴⁷⁸ Em obra monográfica sobre o tema, Amaro Moraes e Silva Neto assim se manifesta sobre a responsabilidade civil do *spammer* (aquele que pratica o *spam*): “Esse invasor digital é civilmente responsável pelos danos decorrentes do spamming porque age culposamente, porque seu ato é ilícito e

doutrina juscibernética vem rechaçando a juridicidade dessa prática. E nenhum silêncio, neste contexto, pode importar em anuência contratual, embora o *spam* seja uma prática usual. A proteção jurídica do consumidor nas relações jurídicas telemáticas representa um verdadeiro princípio estrutural do direito cibernético, como, aliás, prevê a lei modelo da UNCITRAL, desse modo a concretização de uma contratação telemática exige anuência expressa do consumidor, garantindo-se-lhe o direito ao arrependimento. Defendemos, portanto, a aplicação do artigo 49 do CPDC, posto que na contratação por meios telemáticos a proposta de fornecimento de produtos e serviços ocorre fora do estabelecimento comercial real.¹⁴⁷⁹

10.3.4. Contrato entre presentes ou entre ausentes?

Ainda que se considere os *sites* como estabelecimentos empresariais, o que é certo, não se pode, por isso, equipará-los aos estabelecimentos tradicionais, nos quais o consumidor tem a oportunidade sensorial de ver e de tocar e até mesmo de usar produtos. Isto, contudo, não acontece nos estabelecimentos virtuais, salvo se se tratar de produtos informáticos enviáveis por via telemática para o computador do consumidor (*softwares*). Também a regra do artigo 1081 do atual CC, considera presente quem contrata por meio de telefone, mas mesmo que a internet conecte empresário e consumidor através de meio telefônico,

porque há nexos causal inequívoco entre sua ação e o resultado pretendido (o recebimento do spam pelo destinatário). Sua culpabilidade se cristaliza quando ele pressiona a tecla ENTER para dar início ao spamming. A ilicitude do spam se manifesta por violar, entre outros direitos, a privacidade dos webnautas, uma prerrogativa constitucional regulamentada, em parte, pelo artigo 21, CC/2002...". SILVA NETO, Amaro Moraes e. E-mails indesejados à luz do direito. São Paulo: Quartier Latin, 2002, p. 175.

¹⁴⁷⁹ Tudo isso nos termos do artigo 49 do CPDC: *O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 07 (sete) dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.*

apesar disso, tem aplicação, e deve continuar aplicável com a vigência do novo CC, o artigo 49 do CPDC. O novo código civil acresceu à disposição do antigo – mas ainda vigente – artigo 1081, que se considera presente a pessoa que contrata por telefone “*ou por outro meio de comunicação semelhante*”. Mesmo assim, isto é, mesmo que o contrato cibernético seja considerado como entre presentes, fato agora incontroverso nos termos da redação do novo artigo 428 do CC ainda por vigor,¹⁴⁸⁰ deve assegurar-se ao consumidor a aplicação do artigo 49 do CPDC, em razão da especificidade deste, bem como em virtude de um princípio contratual que agora logrou força de lei no artigo 421: “*A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*”.¹⁴⁸¹ Além disso, devemos perceber que o núcleo condicionante da hipótese abstrata insculpida no artigo 49 da lei 8.078/90, é a “*contratação fora do estabelecimento do comerciante*”.

¹⁴⁸⁰ Em sentido contrário, Ventura observa: “*Em primeiro lugar, faz-se necessário definir a natureza jurídica da internet. Ela será um lugar ou um meio? Se entendermos que a internet é um lugar, a proposta e a aceitação seriam realizadas na internet. Neste caso o contrato deveria ser considerado celebrado entre presentes, afinal as partes encontram-se em um mesmo lugar (virtual): a internet. Se entendermos que a internet é um meio, a proposta e a aceitação seriam realizadas em lugares diversos. Neste caso o contrato deveria ser considerado celebrado entre ausentes. Este último caso parece ser a tendência, devendo-se fazer valer, portanto, as regras e teorias que melhor se adequem*”. VENTURA, op. cit. p. 49-50. Apesar de verbo *adequar* não admitir esta forma no presente do indicativo, a transcrição segue a originalidade do texto.

Outra é a posição de Santolim, que defende a não incidência da regra inserta no artigo 49 do CDC aos contratos celebrados por computador: “*Não é o caso dos contratos instrumentados por computador. Apesar de guardarem certa semelhança com os pactos instrumentados via telefone, nesse aspecto há uma profunda diferença é que o oblato (ora consumidor), em um contrato instrumentado por computador, só pode ser alcançado pela proposta manifestada por outro computador se previamente programou seu equipamento para tanto. E, se assim procedeu, não se pode falar em constrangimento. Não está em potencial o aceitante submetido, em sua vontade, a nenhuma espécie de pressão que possa suscitar a necessidade da concessão de prazo para que venha a refletir*”. SANTOLIM, César Viterbo Matos. *Formação e eficácia probatória dos contratos por computador*. São Paulo, Saraiva, 1995. Não é este, *data venia*, o entendimento que consideramos mais adequado à teleologia do CDC.

¹⁴⁸¹ Aliás, o projeto de lei nº 1.589/99, estabelece em seu artigo 13: *Aplicam-se ao comércio eletrônico as normas de defesa e proteção do consumidor. §1º. Os adquirentes de bens, de serviços e informações mediante contrato eletrônico poderão se utilizar da mesma via de comunicação adotada na contratação, para efetivar notificações e intimações extrajudiciais, a fim de exercerem direito consagrado nas normas de defesa do consumidor. §2º. Deverão os ofertantes, no próprio espaço que serviu para oferecimento de bens, serviços e informações, disponibilizar área específica para fins do parágrafo anterior, de fácil identificação pelos consumidores, e que permita seu armazenamento, com data de transmissão, para fins de futura comprovação. §3º. O prazo para atendimento de notificação ou intimação de que trata o parágrafo primeiro começa a fluir da data em que a respectiva mensagem esteja disponível para acesso pelo fornecedor. §4º. Os sistemas eletrônicos do ofertante deverão expedir uma resposta eletrônica automática, incluindo a mensagem do remetente, confirmando o recebimento de quaisquer intimações, notificações ou correios eletrônicos dos consumidores*”.

Considerando isto, o fato de tal celebração negocial concretizar-se através de telefone ou em domicílio caracteriza-se como elementos contingenciais, cujo reflexo eficaz a incidir sobre o núcleo tipificador reforça acentuadamente o direito de se arrepender, por parte do consumidor. Ora, se a contratação por computador somente é possível pela interconecção telefônica, logo não há como aceitar os argumentos contrários à derrogação do artigo 49 do CDC.

10.3.5. Formação do contrato eletrônico e a figura do *iniciador*.

O artigo 11 da lei da UNCITRAL prevê que quando as partes não convencionarem de modo diferente, a oferta e a aceitação poderão ocorrer de forma eletrônica. A contratação eletrônica exige a participação de um terceiro que não se presenteia nas contratações tradicionais. Entre o empresário e o consumidor interpõe-se a figura denominada de *iniciador*, por isso se defende que o momento da disponibilização do produto é distinto do da oferta. Somente quando o conteúdo de uma página fosse acessado é que se produziriam efeitos jurídicos. Antes disso não haveria *oferta*, esta somente verificar-se-ia quando as informações constantes do *site* do vendedor, por exemplo, ingressassem no computador do destinatário, pois só a partir daí é que poderiam ser acessadas. Defende-se ainda que eventuais problemas técnicos, como queda de transmissão, insuficiência de *software ou hardware* no computador do destinatário, impedem a consumação da oferta. Assim, a concretização da oferta telemática pressuporia a sua entrada no equipamento computacional do destinatário, e

a aceitação, por sua vez, também estaria a pressupor o ingresso da aquiescência do destinatário no sistema computacional do iniciador.¹⁴⁸²

Este aspecto não foi objeto de tratamento legislativo no antigo código, contudo, o novo código civil trouxe regra nova acerca da proposta, exigindo reflexão sobre o problema. O artigo 429 – que não possuía correspondente no CC de 1916 –,¹⁴⁸³ estabeleceu: *“A oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos”*. É certo que o fato de tornar disponível oferta de contrato em página de internet, enquadra-se no conceito de *“oferta ao público”*, pois a rede é pública e isto nada tem de diferente das ofertas disponibilizadas nas lojas dos centros comerciais reais por outros meios de propaganda, como outdoors, anúncios em televisão, etc.¹⁴⁸⁴ O argumento de que a oferta somente se verificaria a partir do momento no qual o consumidor acessasse a página da *web*, também deveria aplicar-se às lojas comerciais reais e não é isso o que acontece. Isso corresponderia a dizer que uma oferta de um produto divulgada pela TV só seria considerada operante se determinado consumidor estivesse diante do aparelho de televisão no momento da propaganda. Assim, se o consumidor comprovar que determinada proposta estava disponível – considerando-se, obviamente, as condições de prazo e de forma de pagamento, dentre outras a ela inerentes – em página de internet deve-se-lhe assegurar o direito à compra nas mesmas condições, aplicando-se a legislação consumerista em combinação com o novo artigo 429, independente de ele ter ou não acessado o respectivo *site*.

Entretanto, não se deve confundir a oferta genérica de vendas de produtos ou de prestação de serviços, a qual defendemos que se aplique

¹⁴⁸² BRASIL, Angela Bittencourt, op. cit.

¹⁴⁸³ ALVES, Jones Figueiredo e DELGADO, Mário Luiz, op. cit. p. 201.

¹⁴⁸⁴ “Comentando este dispositivo, Luiz Henrique Ventura registra: *“Isto soluciona a questão referente aos web sites. Se um web site que propõe a venda de um bem ou a prestação de um serviço encerrar os requisitos essenciais ao contrato, estará caracterizada a proposta. Caso contrário, não”*. VENTURA, op. cit. p. 56.

a solução apontada acima, com a oferta específica dirigida a destinatário determinado. Neste caso, o artigo 15 da lei da UNCITRAL sugere que, salvo convenção em sentido contrário, a mensagem deve ser considerada *enviada* a partir do momento de seu ingresso num sistema informático fora do controle do emissor. Perceba-se que para se considerar *enviada* a proposta não se faz necessário o ‘ingresso’ da mesma no computador do destinatário, mas basta que saia do computador do proponente e ingresse num sistema informático que não esteja sob seu controle. Por outro lado, para saber quando a proposta deve ser considerada *recebida* é preciso esclarecer se o destinatário especificou, ou não, o sistema de informação para receber mensagens eletrônicas. Assim, se houver especificado, tem-se por recebida a oferta: quando a mensagem ingressar no dito sistema designado previamente; ou quando o destinatário recuperar a mensagem que contém a oferta, se a mesma ingressar noutro sistema distinto do designado. Mas quando não há designação prévia de determinado sistema, o momento da recepção coincide com o do ingresso da mensagem no próprio sistema do destinatário. O problema é que alguns sistemas somente enviam o certificado de recebimento da correspondência quando o destinatário clica com o seu mouse na missiva. Dessa forma, é possível que alguém receba hoje em seu computador uma mensagem e somente a “abra” – clique-a – dez dias depois. Como então se resolve o problema? É claro que se a proposta contiver prazo certo inferior àquele período a mesma não mais obriga o proponente. O ideal é que se desenvolvam sistemas informáticos capazes de emitir o aviso de recebimento independentemente da vontade do destinatário, o que é plenamente factível.

10.3.6. Do lugar da celebração do contrato virtual: o problema da empresa virtual irreal. Um exemplo de ineficácia jurisdicional.

Questão deveras interessante é a pertinente ao lugar da contratação. O CC de 1916 dizia em seu artigo 1087 que “*Reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto*”. Esta regra vem repetida, na íntegra, no artigo 435 do novo código, mas no âmbito do direito cibernético o conceito de espaço adquire novas e impensadas feições. Se continuarmos a conceber que os contratos devem ser considerados celebrados no lugar de onde a oferta emanou estaremos diante de problemas que o direito será incapaz de resolver. Para comprovar esta assertiva, basta imaginarmos que um empresário veicule uma proposta através de um provedor situado em lugar não sujeito à jurisdição brasileira. Bem, considerando a já estudada sistemática de competência atual do ordenamento processual civil brasileiro (artigo 88 a 90 do CPC), se um empresário veicular proposta contratual por um provedor situado na Espanha, e havendo aceitação de um destinatário situado e domiciliado no Brasil, em conformidade com o artigo 1087 do CC anterior e com o 435 do atual, o contrato reputar-se-á celebrado na Espanha. Isto trará enormes dificuldades para o contratante brasileiro em caso de eventual litígio, nada obstante o fato de a internet ‘trazer’ uma empresa situada na “Espanha” para dentro de um computador situado no Brasil.

Considerando a possibilidade de aplicação da lei material do lugar de onde a proposta emanou, esse problema aumenta ainda mais quando aventamos ser factível uma proposta emanar de um provedor de internet situado fora do âmbito territorial de qualquer país. Basta voltarmos ao exemplo do *www.sealand.com*, provedor situado em mar continental não sujeito, portanto, à legislação de nenhum Estado. Neste caso, defendemos a aplicação da lei brasileira, porque a proposta emanou de lugar não sujeito à jurisdição de qualquer país. Mesmo assim, tal como ocorre com outros casos nos quais o provedor situa-se noutros países, há um fator importantíssimo a ser constatado: se a empresa virtual também se constitui em empresa real. Quando apenas há empresa virtual sediada noutro país, sem a correspondente real, o contratante terá a defesa de seus

direitos contratuais muito dificultada, isso se a empresa virtual for solvente, ou se não representar uma farsa. Recentemente o *site* intitulado *www.cocadaboa.com.br*, veiculado por provedor situado no Brasil, foi retirado da rede por ordem judicial brasileira. Entretanto, ele retornou à internet, só que agora veiculado por provedor situado na Eslovênia: *www.cocadaboa.com*, como já abordado no item 06 deste capítulo. A única diferença entre o endereço anterior e o atual cinge-se ao segundo TLD que, como já visto acima, indica o país de origem, onde havia *br* para o Brasil, passou a constar apenas *.com*. E o pior, é que os autores deste *site* estão a zombar dos juízes brasileiros, em território brasileiro, através de um provedor localizado na Eslovênia, Estado no qual o juiz brasileiro não possui jurisdição. E diga-se mais, daqui que se expeça uma carta rogatória para a autoridade judicial da Eslovênia determinar a retirada daquela página da rede, haverá tempo suficiente para que os seus autores a veiculem por outro provedor situado noutro país, porém, presente em todo o mundo.

Este último problema demonstra que o direito não resolve todas as questões e mesmo que se regule em legislação interna (do Brasil), por exemplo, conferindo poder ao juiz nacional para determinar a retirada de páginas da internet situadas em qualquer outro país, uma tal disposição de lei causaria risos, pois sua eficácia estaria a depender da aquiescência do país no qual o provedor estiver situado. Mas, mais risos ainda, causa a situação atual, pois a delinquência cibernética conta os agentes transgressores dos mais inteligentes, de modo que o acompanhamento pela internet, da tramitação de uma rogatória, é suficiente para garantir a veiculação de uma página por outro provedor, noutro país, de modo a estar sempre no ar, na rede. A resolução do problema está exigir a celebração de acordos internacionais que agilizem o cumprimento das ordens judiciais internas no âmbito externo, pois enquanto isso não se der a situação continuará sem solução. Enfim, embora o velho e o novo código civil não tenham regulado a contratação eletrônica – o código civil alemão enfrentou

o problema neste ano de 2002 – ambos contêm dispositivos capazes de resolver controvérsias surgidas no âmbito do direito teleinformático, necessariamente associados aos do código de processo civil.

Conclui-se, enfim que a necessidade de proteção ao consumidor nessa revolucionária sistemática contratual, inegavelmente, representa um princípio do direito cibernético a que nós outorgamos o status de *norma principiológica*.

Adentraremos agora no terceiro setor de nossa classificação onde se analisará – nos itens 10,11 e 12 - efeitos éticos e pragmáticos decorrentes da aplicação da tecnologia na vida forense e vinculados a questões de administração judiciária interna e externa.

11. Princípio da vedação do juiz artificial.

A aplicação da tecnologia cibernética à prática forense deve ficar sempre sob o controle do juiz humano, admitindo-se a máquina computacional a somente “decidir” mediante a chancela do homem-juiz, ou seja, a decisão cibernética deve ser incluída no gênero das decisões *ad referendum*. O computador configurar-se-á como uma figura semelhante a do assessor do juiz, que prepara decisões e submete à apreciação do magistrado. Num caso e noutro quem efetivamente formula a decisão é o assessor e também o será o computador, como, aliás, já acontece em tempo presente, mas quem decide em ambos os casos, juridicamente falando, é o juiz. Sentença assinada por quem não é juiz é ato processual inexistente, mas sentença elaborada artificialmente por computador em decorrência de aplicação de inteligência artificial, referendada pelo magistrado, é sentença!

Cibernética traduz uma revolução: a revolução tecnológica, também denominada de *segunda revolução industrial*. Caracteriza-se por proporcionar o controle de

máquinas por máquinas, diferentemente da primeira revolução industrial onde o controle das máquinas era realizado pelo homem. Neste contexto é preciso tomar-se grande cuidado para se evitar excessos que facultem máquinas controlarem máquinas e homens, juridicamente falando, sem a indispensável chancela humana.

Como vimos no item 13 do capítulo 02, o próprio Wiener já advertia sobre este perigo em seu *“God and golem”*, quando questionou até que ponto seria interessante para o homem criar uma máquina à sua imagem e semelhança. Postulamos pela criação de um juiz corregedor “artificial”, com o que pretendemos: asseverar a conveniência da eficácia da atividade fiscalizadora correicional própria da organização judiciária; possibilitar sobremaneira a transparência das atividades judicantes para a sociedade civil, pois na medida em que as estatísticas de produtividade fossem aferidas estariam à disposição de todos os cidadãos, salvo aquilo relacionado com o segredo de justiça. Este princípio revela inexorável postulado ético-humanístico e sua axiologia resguarda que a atividade jurisdicional esteja sempre reservada aos homens. Como advertiu Wiener, a revolução tecnológica é uma espada de duas superfícies cortantes, pois, tanto pode ser utilizada em benefício da humanidade quanto em seu malefício.¹⁴⁸⁵ De tal sorte, o princípio da vedação do juiz artificial constitui-se num monopólio pétreo dos humanos sobre a jurisdição.

12. Princípio da atividade correicional artificial: controle panóptico da atividade judicial e cartorária.

Como adiantado acima, possibilita a presença virtual e permanente da corregedoria da justiça, ao mesmo tempo, em todas as comarcas e juízos, com o fim de fiscalizar a atuação das atividades judicantes e administrativo-cartorárias, independentemente da presença física de um corregedor. A vantagem da presença virtual é que ela resulta numa vigilância permanente, diferentemente da presença real onde uma vez ausente o corregedor restará também ausente a vigilância. Sua adoção representará uma

¹⁴⁸⁵ WIENER, op. cit. p. 159.

considerável economia de tempo e de trabalho, pois as correções atuais não dispensam a presença física do corregedor, obrigando-lhe a deslocar-se de comarca para comarca, muitas vezes apenas para vistoriar livros de cartórios ou outras atividades que, com a informatização e telematização, podem perfeitamente ser procedidas do seu gabinete de trabalho.

Esta espécie de controle social enquadra-se no conceito de Foucault sobre o *panoptismo*. Ora, panoptismo é uma espécie de poder através da qual se exerce uma vigilância individual e contínua consistindo, ao mesmo tempo, numa forma de punição e recompensa.¹⁴⁸⁶ A concretização deste desiderato pode ser obtida a um custo irrisório, dependendo bem mais de vontade política que de meios financeiros. A implantação de um sistema operacional que possibilite à Corregedoria verificar, a qualquer dia e hora, exemplificativamente, a produtividade dos juízes, a presença física dos juízes nas comarcas, ou a atividade dos notários, traria efeitos concretos, sem dúvida, superiores aos produzidos pelos ultrapassados relatórios LOMAN, a que estão os juízes obrigados a declarar sua produtividade mensal.

Na medida em que o judiciário informatiza-se e estende a conexão computacional para todas as suas comarcas, este princípio do corregedor artificial surgirá como mero reflexo da aplicação da tecnologia à experiência forense.

13. Princípio do controle cibernético do Poder Judiciário.

Encontramo-nos numa época na qual um dos motes mais usados e controvertidos dos meios forenses refere-se ao controle externo do Judiciário. No entanto, mecanismo algum que objetive fiscalizar atividades administrativas e funcionais dos

¹⁴⁸⁶ “Se exerce (...) em forma de correção, isto é de formação e transformação dos indivíduos em função de certas normas. Este triplice aspecto do panoptismo - vigilância, controle e correção - parece ser uma dimensão fundamental e característica das relações de poder que existem em nossa sociedade”. FOUCAULT, Michel, *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2001, p. 103.

magistrados e tribunais será capaz de funcionar, atendendo às expectativas hoje criadas na sociedade civil pela imprensa. Estabelecido o Conselho Federal, dentro em breve questionar-se-á quem o fiscalizará. De toda sorte, nem mesmo o controle interno – que hoje vem sendo exercido pelo Superior Tribunal de Justiça de forma merecedora de elogios, eis que está a afastar desembargadores, estaduais e federais, bem como até mesmo ministros inaptos à continuidade no exercício da função judicante – será plenamente eficaz se os que exercem a jurisdição não forem “controlados” ciberneticamente. O controle cibernético do Poder Judiciário poderá constituir-se num fator decisivo para o resgate da credibilidade da justiça brasileira. Controlar ciberneticamente o Judiciário significa, primeiramente, dotá-lo de uma estrutura computacional-informático-telemática, proporcionando-lhe uma completa interligação entre seus órgãos e agentes. Cumprida esta etapa, é imperioso que as informações judiciais quedem-se acessíveis, não apenas ao Poder como um todo, mas que se arraigue disponível para toda sociedade brasileira.¹⁴⁸⁷

Mais que a presença física do juiz nos gabinetes e nas varas, o que a sociedade realmente almeja é ver suas contendas efetivamente decididas, definitivamente compostas. A virtualidade do judiciário representará fator de otimização indispensável do seu próprio controle, pois também permitirá a obtenção de informações processuais e administrativas de qualquer parte e a qualquer momento. Esse *controle* da máquina judiciária, através de meios eletrônico-telemáticos, perfaz-se num pressuposto sem o qual o princípio da eficiência restará obstado. Trata-se de uma exigência procedimental desvinculada do aspecto teleológico justificador da própria existência ou da necessidade de se controlar o Judiciário. O controle é necessário e é bom, duvidamos, porém, que um Conselho a ser criado com atribuições específicas para tal venha a ser mais eficiente e mais independente que o ESTJ.

Iremos agora para o último setor de nossa principiologia o qual envolve os itens nº 13, 14 e 15.

¹⁴⁸⁷ Evidentemente que aí não se incluem aqueles procedimentos que devam tramitar em segredo de justiça, a exemplo do que prescreve o artigo 155 do código de processo civil brasileiro.

14. Princípio da necessidade de criminalização de condutas virtuais danosas.

O surgimento de figuras criminosas imprevistas na legislação tradicional, cujos elementos do tipo confundem-se com manobras essencialmente informáticas e telemáticas, está a demonstrar que um novo direito surgiu, pois vários projetos de lei tramitam no Congresso Nacional visando a regulamentá-las. Algumas condutas de usuários de sistemas de informática acarretam enormes danos em outros sistemas, invadem a privacidade alheia, executam desfalques financeiros com clonagem de cartões de créditos e saques em conta-corrente, etc. Dissemos que essas condutas são “*danosas*” porque algumas delas não podem ser consideradas “*ilícitas*”, em face de inexistir lei penal tipificadora considerando-as como tal. Algumas são enfrentadas pela aplicação da legislação penal existente, um saque eletrônico não autorizado em conta-corrente alheia decorrente de violação de senha de acesso pode ser enquadrado no tipo do crime de furto, exemplificativamente. Todavia, as condutas consistentes em invasão de páginas de internet não são previstas pela legislação penal ordinária, causam dano, mas não podem ser consideradas *criminosas*. É que, como bem esclarece Flamarion Tavares Leite, a proteção do direito penal verte-se para coisas tangíveis, algo inadmissível na ‘realidade’ ‘virtual’.¹⁴⁸⁸

Há premente e indiscutível necessidade de se criminalizar condutas imprevistas na lei penal e conferir tratamento específico dando nova roupagem legal para ações até então reprimidas por legislação anacrônica e ultrapassada. A necessidade de criminalizar fatos informático-telemáticos danosos representa um verdadeiro princípio do direito cibernético e, indiscutivelmente, inspirará a elaboração de novas normas jurídicas repressoras de condutas ofensivas praticadas através de meios cibernéticos. É, pois, princípio, no sentido de que inspirará a regulamentação normativa. Trata-se de um verdadeiro ponto de referência, no sentido de Saldanha, situado num plano temporal anterior ao da norma, que, sequer, existe, servindo de parâmetro inspirador da criação do

¹⁴⁸⁸ “De outra parte, o Direito Penal pune as condutas delituosas, disciplinando a proteção de coisas tangíveis. No caso de crimes por computador, a exigência de tangibilidade tem constituído um obstáculo, porquanto estamos lidando com objetos intangíveis”. LEITE, Flamarion Tavares, op. cit. p. 135.

próprio preceito normativo. Também pode ser concebido como princípio, no sentido de Portanova, como “critério”, como fator preponderante na inspiração político-ideológica na proposição da norma.¹⁴⁸⁹ Depois, pode-se, enfim, argumentar que se direito é fenômeno de pacificação social o seu pressuposto, conseqüentemente, é a existência do conflito. Neste caso há conflito social, contudo, não há norma jurídica pacificadora a proteger a sociedade.

15. Princípio da proteção à privacidade.

A expressão privacidade envolve a proteção à vida privada e à intimidade, representa valor de respeito democrático comum e presente em Estados de Direito. Traduz limitação ao exercício do poder não somente oponível contra autoridades constituídas, mas também contra qualquer pessoa, organizações ou entidades privadas. Vimos no item 8.2 do capítulo 14, que o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal constitui-se numa garantia dos cidadãos brasileiros a preservar indistintamente a privacidade de cada um. Para tanto, o constituinte estabeleceu a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas. Demonstramos que a possibilidade constitucional de violação da privacidade através destes meios de comunicação restringe-se, apenas, às comunicações telefônicas, e, ainda assim, exigindo-se, sempre, ordem judicial para os casos estabelecidos em lei e com fim exclusivo de investigação criminal ou instrução processual penal.

Vimos também que o parágrafo único do artigo 1º da lei nº 9.296/96 contém defeito de inconstitucionalidade,¹⁴⁹⁰ em face de admitir a interceptação do fluxo de

¹⁴⁸⁹ Neste sentido veja-se: 01- SALDANHA, Nelson. Filosofia do Direito. Renovar, p. 200; 02- PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo Civil. Livraria do Advogado, p. 13.

¹⁴⁹⁰ Manifestando-se sobre o assunto, Amaro Moraes e Silva Neto arremata: “... *entre nós, apesar de tutelada constitucionalmente, inexistem Leis a proteger nossa privacidade. O máximo que o Legislativo nos propicia são projetos de Lei... quando não Leis inconstitucionais que autorizam a devassa de nossa privacidade*”. Dentre os atos legislativos inquinados de inconstitucionalidade pelo autor, constam: a lei nº 9.296/96 e de nº 9.454/97, que instituiu o número único de identidade civil. Sobre esta última, oferta-nos o seguinte comentário: “*Essa Lei – preparada com os intempestivos temperos das Ditaduras – invade a competência legiferante dos Estados membros da União, fere nossa privacidade e contraria*

comunicações em sistemas de informática e telemática, pois este “*fluxo de comunicações*” nada mais é senão: “*dados*”, pois estes, necessariamente, embutem uma informação. Assim, e considerando que a *informática em sentido próprio* tem por objeto o estudo do processamento eletrônico da informação;¹⁴⁹¹ considerando que a informação constitui-se em produto prévio (bem imaterial) de quaisquer processamentos eletrônicos e conseqüentes transmissões, e que na sua primeira etapa visa a formatar e conferir significação a uma determinada mensagem e, na segunda, transmitir uma correspondente notícia; considerando que as duas etapas da informação fazem parte de uma função única consistente na *comunicação*;¹⁴⁹² e ainda, que a telemática tem por objeto a comunicação e o transporte de dados entre equipamentos informáticos distantes uns dos outros,¹⁴⁹³ deve-se concluir que o direito cibernético há de se alicerçar sobre o pilar, sobre o ‘*princípio*’, da proteção à privacidade nos exatos limites estabelecidos pelo constituinte de 1988, rejeitando-se, portanto, a constitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º da lei nº 9.296/96 pelos motivos já explicitados no item 8.2 do capítulo 14. Aqui, estamos diante de verdadeiro princípio jurídico-constitucional-juscibernético impeditivo da exorbitância do poder pelos aparelhos estatais.¹⁴⁹⁴

O problema da privacidade envolve-se umbilicalmente com a temática do direito cibernético, tanto que autores como Losano e Luño já o enfrentaram. Entretanto, esses autores não chegaram a indicar a necessidade de sua proteção como sendo um dos princípios da ciência jurídica responsável pela regulamentação da tecnologia vertida para o direito, aliás, até então não demonstraram essa preocupação principiológica, embora ambos outorguem status de ciência jurídica ao direito tecnológico. Pois bem, como demonstrado no item 05 do capítulo 02, na comunicação deve-se distinguir: o objeto, o conteúdo da informação, o sujeito que a produz e o seu respectivo destinatário. Quanto ao objeto, a informação é produzida por quem lhe dá forma ou expressão, estabelecendo-se entre o seu

o espírito de todas as Constituições modernas”. SILVA NETO, Amaro Moraes. *Privacidade na internet. Um enfoque jurídico*. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2001, p. 22.

¹⁴⁹¹ PIMENTEL, Alexandre Freire, op. cit. p. 21-8.

¹⁴⁹² LUÑO. *Manual de informática y derecho*. Madrid: Ariel, 1996, p. 19.

¹⁴⁹³ LANCHARRO, FERNANDEZ E LOPEZ, op. cit. p. 203 e 204. No mesmo sentido: MAIEROVITCH, Walter Fanganiello, op. cit. p. 241.

¹⁴⁹⁴ Advertindo contra o risco do “*lado negro da Cibernética*”, veja-se: TENÓRIO, Igor. *Direito e cibernética*. 2. ed. Brasília: Brasília S/A, 1972, p. 42 e 43.

autor e ela mesma uma relação jurídica de possuidor e possessão, nos estritos termos do direito civil. Na relação com os seus destinatários a informação encontra a sua razão de ser na comunicação, criando-se uma outra relação jurídica entre o emissor e o receptor das informações, projetando relevantes questões jurídicas, já aventadas no capítulo 02.¹⁴⁹⁵

O manuseio da informação eletrônica pode gerar inúmeros problemas, tais como os já vistos *spams* e *cookies*. Trata-se de casos claros de abuso do poder de informação na comunicação telemática. Também a veiculação de imagens sem a devida autorização ou que exponham a intimidade violam a privacidade das pessoas. Questão controvertida é a da violação por parte do empregador do conteúdo de e-mails emitidos por empregados, hoje já considerada por alguns pretórios como sendo lícita.

No caso brasileiro a dogmática constitucional do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal não permite tanta flexibilidade capaz de admitir um *pacto* informático consubstanciado sob a forma de lei, como propôs Losano.¹⁴⁹⁶ Qualquer lei que regulamente (in)violabilidade do sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas haverá de respeitar os limites constitucionais daquele dispositivo acima comentado ante a determinação pétrea do artigo 60, §4º da Constituição Federal. No item 09 do capítulo 16, vimos com Ivo Dantas que os princípios constitucionais não se confundem com as cláusulas pétreas e que aqueles admitem alteração pela via da competência constituinte derivada.¹⁴⁹⁷ Contudo, no caso do princípio da proteção à privacidade, verdadeira representação da limitação do poder dos detentores dos meios tecnológicos de ponta, é preciso esclarecer que este princípio também se constitui em cláusula pétrea. Conseqüentemente, trata-se de princípio detentor do mais alto grau de proteção sistemático-jurídica, pois além de se quedar positivado no texto da Constituição Federal, assumindo, portanto, status de norma constitucional, sua localização no corpo da Constituição confere-lhe eficácia de auto-aplicabilidade e de inalterabilidade.

¹⁴⁹⁵ Sobre o assunto veja-se: LUÑO. *Manual de informática y derecho*. Madrid: Ariel, 1996, p. 19-20. E, também: LOSANO. A informática jurídica vinte anos depois. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 715, maio, 1995, p. 361.

¹⁴⁹⁶ Sobre o pacto informático proposto por Losano veja-se o item 05 do capítulo 02.

¹⁴⁹⁷ DANTAS, Ivo. *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*, p. 60.

16. Princípio da virtualidade do processo.

Até bem pouco tempo os autos de um processo judicial somente eram concebidos se vistos sob a constituição cartácea. A documentação processual apenas era imaginada com os atos processuais reduzidos a termo em tecido de celulose. Todavia, a aplicação da informática e da telemática à experiência jurídica demonstrou que quanto mais informatizado for um processo judicial mais seguro e transparente ele será. Atualmente já existem sistemas informáticos nos quais vários atos processuais são praticados. No caso da comarca do Recife, por exemplo, o Judiciário estadual possui um desses sistemas controlando desde a distribuição dos processos até a prolatação das sentenças.

A virtualização do processo permitirá a prática de atos processuais telemáticos, possibilitando a definitiva concreção do princípio da identidade física do juiz, tornando factível, por exemplo, o interrogatório das partes, ou a tomada de depoimentos de testemunhas, ou a sustentação oral em sessões de julgamento à distância, mas em tempo real. Tudo isto se dará independentemente de os interlocutores estarem fisicamente presentes num mesmo recinto, numa mesma comarca, num mesmo Estado. Este princípio prenuncia de forma escatológica a abolição de velhas fórmulas processuais, em razão do advento: da telematização dos atos processuais, acarretando a abolição das cartas rogatórias, de ordem e precatórias, nos moldes até então conhecidos; da necessidade de internacionalização da competência; da eletronicidade documental (prova eletrônica); da capacidade virtual do computador; da compactação processual, dentre outros aspectos. Sua importância para a cibernetização do direito é de tal monta que consistirá no mote fundamental de uma nova teoria geral do processo enquanto gênero, bem como de uma nova teoria especificamente vertida para o processo civil. Será, portanto, este princípio a linha mestra e o núcleo de nossa tese, em face disso, será analisado em capítulo à parte (capítulo 19).

Antes, porém, de passarmos ao estudo do processo telemático, resolvemos efetuar uma incursão histórica acerca do fenômeno processual: tal perspectiva é irrenunciável para um orientando do eminente Nelson Saldanha. Objetivamos demonstrar

como o processo evoluiu, passando de mero procedimento à condição de ciência, e como esta ciência é hoje concebida: com a jurisdição em seu centro. Haverá aí, também, uma finalidade demonstrativa de que as variáveis teórico-históricas empreendidas no processo civil não foram suficientes para resolver o problema do acesso massificado à jurisdição.

CAPÍTULO 18

ANÁLISE DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TÉCNICA PROCESSUAL

1. A técnica processual dos sumérios: processos em autos de argila.

Conforme se constatou através de duas placas de argila que registraram os autos de um processo penal, por volta do ano de 1850 a.C., na Suméria, Nin-dada, uma mulher, teve o seu marido assassinado por três homens: um barbeiro, um jardineiro e um escravo, que em seguida a informaram a respeito do crime. Ela, por sua vez, não cientificou as autoridades acerca do ocorrido, mas mesmo assim o rei veio a saber do fato e o caso foi levado a julgamento perante a assembléia de cidadãos de Nippur, a qual exercia funções judiciais típicas de um tribunal de segunda instância. Aberta a sessão a acusação falou: *“Aqueles que mataram um homem não são dignos da vida. Aqueles três homens e aquela mulher devem ser mortos em frente da cadeia de Lu-Inanna, filho de Lugal-apindu, o funcionário Nishakku”*.¹⁴⁹⁸ Durante o julgamento nove homens pediram a condenação dos acusados, bem como, também, a de Nin-dada, pois entenderam que o fato de ela ter guardado segredo sobre o crime fazia com que fosse considerada como *“encobridora”* (partícipe).

Por outro lado, dois outros cidadãos (Shu-lilum, um funcionário da administração de Ninurta, e Ubar-Sin, jardineiro) fizeram a defesa de Nin-dada alegando

¹⁴⁹⁸ KRAMER, Samuel Noha. *A história começa na Suméria*. Edições Europa-América, 1963, p. 83-86.

que ela não participou do crime e, conseqüentemente, não podia ser condenada, pois não tinha o dever de informar às autoridades porque o seu marido não a sustentava. Disseram os defensores: “*É certo que o marido de Nin-dada, filha de Lu-Ninurta, foi assassinado, mas que fez a mulher para merecer que a matem?*”.¹⁴⁹⁹

Depois dos debates a assembléia prolatou o seguinte acórdão: “*Uma mulher que o seu marido não sustentava? Admitamos que conheceu os inimigos de seu marido e que depois de ele ter sido assassinado, porque não deveria manter-se calada acerca dele? Foi ela quem matou o seu marido? O castigo daqueles que realmente mataram é suficiente. Em conformidade com a decisão da assembléia de Nippur, Nanna-sig, filho de Lu-Sin, Ku-Enlil, filho de Ku-Nanna, barbeiro, e Enlil-ennam, escravo de Adda-kalla, jardineiro, foram entregues ao carrasco para serem mortos. Esta é uma sentença dada pela assembléia de Nippur*”.¹⁵⁰⁰

Deste processo foram encontradas duas placas de argila idênticas, fato que, segundo Kramer, está a demonstrar que a sentença da “*esposa que não falou*” era conhecida de todo o meio jurídico da Suméria, constituindo e dando início a primeira “jurisprudência” conhecida da história. Kramer, que é historiador, depois de traduzir as placas, pediu ao Decano da Universidade da Pensilvânia, o Dr. Owen J. Roberts, juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos durante os anos de 1930 a 1945, que emitisse opinião sobre este caso. E o juiz americano disse que certamente os tribunais dos Estados Unidos decidiriam da mesma forma absolvendo a mulher, pois de acordo com a lei americana o “*encobridor*” para ser condenado além de ter conhecimento do crime deve: *receber; tratar; reconfortar ou ajudar o criminoso*.¹⁵⁰¹

Pois bem, mesmo sendo certo que o marco do desenvolvimento da doutrina do processo civil e de sua renovação encontra-se no inestimável e genial legado romano,¹⁵⁰²

¹⁴⁹⁹ Ibidem.

¹⁵⁰⁰ Ibidem.

¹⁵⁰¹ Ibidem.

¹⁵⁰² Neste sentido disse Liebman: “*In particolare anche il profondo rinnovamento della dottrina del processo civile s'iniziò e si svolse come naturale prosieguimento di quelle indagini che, per la prima volta, partendo dal diritto romano, si proposero di seguire gli istituti del processo nelle varie fasi della loro evoluzione ...*”. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Problemi del processo civile*. Milão: Morano, 1962, p. 479. Não se olvide, todavia, da importância atribuída por Chiovenda à Escola de Bolonha, à qual, mesmo sendo situada em momento histórico posterior ao romano, seria atribuído o primeiro estudo sistemático

mesmo assim, é insensato pensar que tantas obras jurídicas tenham sido escritas antes dos romanos, como ocorreu na Mesopotâmia e na Grécia, sem que os *juristas* de cada época não tivessem também desenvolvido e escrito uma *doutrina* sobre o fenômeno jurídico, e especificamente sobre o fenômeno jurídico processual. Lara Peinado e Lara Gonzáles comprovam que no período pré-romano foram escritas obras doutrinárias e que, infelizmente, a maioria delas não chegou até nós. Esta carência, por sua vez, constitui-se num verdadeiro contratempo para a análise e conhecimento dos repertórios jurídicos desses períodos anteriores ao romano.¹⁵⁰³ Um dado que leva a esta conclusão é que na Suméria de três mil anos a.C., onde surgiram os primeiros documentos jurídicos do mundo após o dilúvio, o ensino das leis era obrigatório para os jovens, como foi demonstrado por Kramer, através da tradução de placas de argila desse período.¹⁵⁰⁴ Logo, é mesmo de se supor que se existia o ensino sobre leis também certamente algo de meta-legal deve ter sido discutido, debatido e escrito. Há quem defenda, inclusive, que o nascimento da técnica jurídica deu-se com os sumérios. Neste sentido, Federico Lara Peinado e Federico Lara Gonzáles, citando Boyer, consignam que apesar de os sumérios não terem se preocupado de pôr em seus textos legislativos conceitos gerais e abstratos, ao adotarem o detalhe da descrição na lei de casos concretos já decididos, enfrentando inclusive as contradições entre julgados, teriam proporcionado o nascimento da *técnica jurídica*. A regulamentação das várias hipóteses concretas a serem decididas no futuro era feita partindo-se de um conjunto de breves fórmulas de jurisprudência alinhadas a elementos coercitivos de ordem impessoal e instrumental.¹⁵⁰⁵

Ocorre que a *técnica jurídica* designa um conjunto de meios artificiais criados pela lei, com a finalidade de tornar sua compreensão e consecução de seu fim mais

do direito processual: “O direito processual de grande parte das nações modernas se deve substancialmente a Bolonha, da mesma forma que o direito civil a Roma, já que uma exposição sistemática do instituto do processo, ainda que com materiais em grande parte romanos, foi, se não tentada pela primeira vez, certamente consolidada nos estudos dos antigos juristas que aqui se referem”. CHIOVENDA, GIUSEPPE. *A ação no sistema dos direitos*. Tradução de OLIVEIRA, Hiltomar Martins. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 07.

¹⁵⁰³ “Sin embargo, sí debe destacarse la gran extensión geográfica e influencia que los Códigos más antiguos de Mesopotamia – independientemente de toda connotación política – tuvieron, tanto en el espacio geográfico como en el cronológico, pues se rastrean claramente sus ecos incluso en la posterior legislación romana”. LARA PEINADO, Federico e LARA GONZÁLES, Federico. *Los primeros códigos de la humanidad*. Madri: Tecnos Editora, 1994, p. IX-X.

¹⁵⁰⁴ KRAMER, Samuel Noha, op. cit. p. 83-86.

¹⁵⁰⁵ LARA PEINADO, Federico e LARA GONZÁLES, Federico, op. cit. p. XIII.

fáceis.¹⁵⁰⁶ Os códigos sumérios, entretanto, o de Hamurabi inclusive, não eram verdadeiros códigos, no sentido técnico e atual da palavra. Eram mesmo coletâneas de regras abrangendo vários assuntos. Isso resta bem esclarecido em Nelson Saldanha quando compara a situação com a dos Estados Modernos, pois que outras eram as circunstâncias sociopolíticas e também outra era a mentalidade fortemente possuída por influência mítica. Para a técnica jurídica moderna *códigos* são construções legislativas adstritas a determinados ramos do direito e criadas sob a influência do racionalismo dos séculos XVII e XVIII. Já os antigos códigos possuíam estruturas mais genéricas que, sob inspiração religiosa, abrangiam searas do direito material e do direito processual, o que se justificava pelas influências contextuais já mencionadas.¹⁵⁰⁷ No sentido histórico, todavia, a palavra *códice* consta de uma enciclopédia de arte universal para designar, na civilização da mesopotâmia, o manuscrito formado por páginas coladas, diferentemente do rolo.¹⁵⁰⁸

2. O processo grego.

Apesar de não terem chegado a construir uma *ciência jurídica* os gregos desenvolveram um sistema jurídico que se constituiu numa das principais fontes do direito europeu continental, pois foi nele que os romanos foram buscar ensinamentos para elaborar a Lei das XII Tábuas. Embora haja quem afirme que o direito grego apenas continuou com a tradição do direito cuneiforme sumério, sem vir a ser elaborado sob a forma de textos legislativos, a despeito da existência de algumas poucas leis, tal não parece verdadeiro.¹⁵⁰⁹ Foram os gregos que elaboraram a distinção entre as ações pública e privada e quanto aos textos legislativos não se pode esquecer o código de Sólon, nem que o aperfeiçoamento da Lei das XII Tábuas decorreu de uma determinação do tribuno Terentilo para constituir uma

¹⁵⁰⁶ NUNES, Pedro. *Dicionário de Tecnologia Jurídica*. 6. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1965, p. 484.

¹⁵⁰⁷ SALDANHA. *Pequeno Dicionário da Teoria do Direito e Filosofia Política*, p. 41.

¹⁵⁰⁸ Vide *Enciclopédia Multimídia da Arte Universal*. Versão em CD-ROM.

¹⁵⁰⁹ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995, p. 73-5, além de emitir tal opinião acrescenta que o direito grego seria produto de uma noção mais ou menos vaga de justiça distribuída na consciência coletiva.

comissão de patrícios com a finalidade de irem até a Magna Grécia e lá “... estudar as leis gregas em vigor, como base para uma nova redação”.¹⁵¹⁰ Depois, há abalizada opinião no sentido de que o surgimento do Estado jurídico ocorreu na Grécia, quando os juízes foram obrigados a atuar no processo em conformidade com o que prescrevia a lei. Portanto, a idéia de que o direito grego não foi elaborado e não se regeu com base em textos legislativos, defendida por Gilissen, não parece exata, mormente se contraposta ao excelente e profundo trabalho de Werner Jaeger revelado em sua *Paidéia* e, mais ainda, se se levar em conta o direito *legal* produzido em Gortina.

Por volta do século VI a.C., os dóricos habitaram a parte central da ilha de Creta e fundaram a cidade de Gortina. Gortina despertou grande interesse dos estudiosos do direito havendo inúmeros trabalhos doutrinários devido ao elevado grau de desenvolvimento de seu sistema jurídico. A descoberta dos registros jurídicos desta cidade deve-se a uma missão arqueológica italiana chefiada por Federico Halbherr que a partir de 1884, passou a efetuar escavações sistemáticas e descobriu epígrafes inscritas num muro circular de uma antiga construção datada por volta do século I a.C. Depois descobriu um outro bloco de construção ainda mais antiga (século VI a.C.), contendo um outro muro com uma grande inscrição. Foram exatamente estas descobertas de leis e decretos insculpidos nas paredes dos edifícios públicos, de tribunais, inclusive, que hoje em dia constituem o que restou do direito de Gortina.¹⁵¹¹

Constatou-se que gortina regeu-se por uma Constituição, no sentido das Constituições das cidades cretenses, da era aristocrática. Na época de sua vigência a classe dominante era a nobreza e o direito de cidadania era exercido de acordo com a classe a que pertencia determinada pessoa. De igual modo a lei era aplicada em conformidade com a classe social de cada um, a magistratura, por exemplo, só podia ser exercida pelos nobres, como ocorria na Grécia. Gortina desenvolveu um sistema processual civil baseado no

¹⁵¹⁰ VIEIRA, Jair Lot. *Código de Hamurabi. Código de Manu. Lei das XII Tábuas*. São Paulo: Edipro 1ª reimpressão ano 2000, p. 135.

¹⁵¹¹ PAOLI, Ugo Enrico. L'Antico diritto di gortina. *Rev. Antologia Giuridica ed Antiquaria*, I, A. G. Milano, 1968, p. 18-20.

princípio do contraditório e do dispositivo, além de uma notável tutela de execução e de conhecimento, chegando mesmo a conceber a impenhorabilidade de certos bens.¹⁵¹²

Para Werner Jaeger o surgimento das normas jurídicas processuais se deu no momento em que se verificou a necessidade de se regulamentar a atividade de administração da justiça e isto teria ocorrido na Grécia.¹⁵¹³ Nada obstante, vimos que, anteriormente, os sumérios chegaram a legislar. Na era socrática o direito era identificado como a lei do mais forte, e a concepção de um ordenamento positivo escamoteava um artifício dos mais fracos cujo fim específico era o de lhes assegurar uma previsível vantagem. Uma idealização mais rígida do direito grego, na verdade uma ordem jurídica objetivante, vem defendida por Platão, como uma tentativa de implementação e realização da justiça. Discorrendo sobre a evolução do direito grego, Adeodato comprova que, em seguida, Aristóteles vai trabalhar a idéia do estabelecimento da equidade, como alternativa para a justiça do caso concreto. Pensa a justiça como potência a ser transformada em ato, empreendimento jamais logrado.¹⁵¹⁴

O processo grego regia-se pelo procedimento oral, bem como pelo princípio do dispositivo e com um ônus da prova que recaía sobre as partes, mas que em situações excepcionais o juiz podia tomar a iniciativa em matéria probatória.¹⁵¹⁵ Na Grécia a justiça era administrada pelos nobres até que os cidadãos livres, mas alheios à nobreza, passaram a enriquecer e contestar os abusos cometidos pela magistratura, que era marcada pela corrupção. Surge então a idéia de que o direito deveria servir à luta de classes e de se estabelecer o princípio de que a atividade jurisdicional deveria obedecer a regras legais previamente escritas. Nasce o sistema da **dike** para designar tanto a sentença quanto o

¹⁵¹² PAOLI, op. cit. p. 27.

¹⁵¹³ JAEGER, Werner. *Paidéia. A formação do homem grego*. Tradução de Arthur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 133-4.

¹⁵¹⁴ Segundo o autor, esta idéia de equidade de Aristóteles representa: "... um dos conceitos jurídicos até hoje essenciais como processo de integração do ordenamento positivo". Já a idéia de justiça de Platão é atualmente encontrada nas obras de Nicolai Hartmann e Alfred Whitehead. ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 19.

¹⁵¹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Vide *Curso de Direito Processual Civil*, 28ª edição. Forense, p. 10

cumprimento da pena, o seu significado fundamental equivale a dar a cada um o que é seu, “Significa ao mesmo tempo, concretamente, o processo, a decisão e a pena”.¹⁵¹⁶

A princípio os autos dos processos, portanto, eram constituídos em placas de argila. Depois, as leis passaram a ser insculpidas nas paredes dos prédios públicos. A evolução da história e a praticidade, contudo, impôs o abandono desta modalidade artesanal de documentação dos atos processuais. Sobreveio, em seguida, a era do pergaminho.¹⁵¹⁷ Num momento posterior, em razão da mesma evolução e da praticidade exigida pelos novos tempos, a celulose veio a ser a matéria prima do instrumento de registro dos processos judiciais, e o papel substituiu o pergaminho.

3. Do processo civil romano: o direito pré-clássico, clássico, pós-clássico e o fenômeno da “vulgarização” do direito romano.

Os autores não são unânimes quando tratam da periodização do direito romano,¹⁵¹⁸ mas pode-se adotar o esquema que o subdivide, historicamente, em direito romano *pré-clássico, clássico e pós-clássico*.¹⁵¹⁹

¹⁵¹⁶ JAEGER, Werner, op. cit. p.135.

¹⁵¹⁷ A expressão tem origem no latim: *tard. pergaminu, 'de Pérgamo'*. “S. m. l. *Pele de cabra, de ovelha ou de outro animal, macerada em cal, raspada e polida, para servir de material de escrita, e também de encadernação. [A técnica, originada no Oriente, foi aperfeiçoada em Pérgamo, daí recebendo a denominação.] 2. Manuscrito em pele assim tratada, e cuja utilização determinou a forma de códice que passou a ter o livro manuscrito...*”. AURÉLIO, op. cit.

¹⁵¹⁸ A esse respeito CRETELA JÚNIOR dá-nos, pelo menos cinco opiniões diferentes, vejamos: “*Gaston May divide o direito romano em dois períodos: o período do jus civile, desde a origem até os últimos tempos da república e o jus gentium, que abrange a época imperial. Girard, baseado na história das instituições políticas, divide o direito romano em quatro períodos, a realeza, a república, o alto império ou principado (diarquia) e o baixo império (monarquia). Cuq e Cornil dividem o direito romano em três períodos: o antigo ou direito nacional romano, o direito clássico e o direito do baixo império ou direito bizantino. Biondo Biondi divide o direito romano em cinco fases: o direito arcaico ou quiritário, o direito republicano, o direito clássico, o direito pós-clássico, o direito justinianeu. Alguns autores tomando como base o direito de Justiniano, encontram três períodos: pré-justinianeu, justinianeu e pós-justinianeu. A divisão que adotamos é a do romanista francês Girard, acrescentando-lhe, porém, um quinto período, o bizantino, porque entendemos que a civilização bizantina, que se prolonga até 1453, data da tomada de Constantinopla pelos turcos, é a continuação da civilização romana, cuja queda definitiva se verifica depois do desaparecimento do Império*”

O direito romano pré-clássico, também chamado de direito romano *antigo*, abrange o período que vai desde a fundação de Roma até a publicação da *Lex Aebutia*, que ocorreu por volta de 149 e 126 a.C. Neste período o processo civil era regido por um excessivo formalismo, pois se um demandante invocasse o *nome juris* equivocado da ação, apenas por isso, sucumbia no processo. A vontade real do agente ficava relegada a segundo plano já que o importante mesmo era a *formalidade*, de modo que se uma obrigação fosse contraída sob coação ou dolo ela era considerada válida se tivesse respeitado à respectiva forma. Outra característica dessa era foi a atuação *criativa* dos jurisconsultos romanos na formulação de normas jurídicas, pois o direito iniciou-se, em Roma, através de regras costumeiras seguidas de poucas leis escritas que chagaram a coabitar no mesmo ordenamento jurídico. Os jurisconsultos monopolizavam a exegese do direito romano interpretando leis de várias maneiras: analógica, literal, histórica, etc., e através do processo civil chegaram a criar alguns institutos jurídicos, tais como a figura da *in iure cessio*. Quando o proprietário pretendia reivindicar a posse de determinado bem devia servir-se de um processo contencioso chamado de *rei vindicatio*. Partindo dessa figura processual os jurisconsultos criaram a *in iure cessio*, que consistia num meio processual de se adquirir a propriedade de uma coisa por uma reivindicação simulada.¹⁵²⁰

O direito clássico abrange o período que se inicia com a lei aebutia até o fim do reinado de Diocleciano, por volta do ano 305 d.C. Este período é caracterizado pela forte atuação dos magistrados que possuíam Jurisdição, principalmente os pretores urbano e peregrino. Foi aqui que surgiu o *jus gentium*, um direito

romano do Oriente.”. CRETELA JÚNIOR, José. *Direito romano moderno*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 1-2.

¹⁵¹⁹ Seguindo a doutrina de Moreira Alves.

¹⁵²⁰ Neste sentido Moreira Alves escreve que: “... os juristas romanos criaram a *in iure cessio*, que era um dos modos de aquisição de propriedade por meio do simulacro de uma reivindicação: diante do magistrado, o adquirente afirma que a coisa (que ele deseja adquirir) é sua, e aquele, em face do silêncio do alienante – que, assim, não se defende – faz a adjudicação da coisa ao adquirente, que dela se torna proprietário.”. MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. Vol. I. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 69.

que se aplicava tanto para romanos quanto para estrangeiros, pois no período anterior o direito (*ius civile*) só era aplicável a cidadãos romanos. O *jus gentium* surgiu baseado em regras de comércio internacional e, ao contrário do *ius civile*, passou a prestigiar mais a intenção do agente do que as formalidades. Foi na época do direito clássico que surgiu o *ius honorarium* ou *ius praetorium*, que se constituiu num novo direito coexistindo ao lado do *ius civile*.¹⁵²¹

Os magistrados desempenharam um importante papel na criação do direito, pois na época das ações legais os direitos deviam ser postulados por determinados tipos de ações e na medida em que se negava o direito de ação, por via oblíqua negava-se o próprio direito. A sistemática era distinta da que atualmente vige no Brasil, pela qual a carência da ação não importa na negação do direito. Foram os pretores urbanos as figuras mais importantes no papel da aplicação e, mormente, no da criação do direito, fazendo, agora, prevalecer o interesse público relevando as regras do *ius civile* que prestigiavam, excessivamente, os interesses privados.¹⁵²²

Foi na fase clássica que Roma viveu o regime do principado, onde o processo civil era regido pelo sistema *formulario*, ou seja, as demandas deviam obedecer às fórmulas dadas pelos magistrados. Mas, se o *ius civile* perdeu força para o *ius praetorium*, este, à sua vez, teve de ceder a um novo tipo de direito o *ius extraordinarium*, cuja fonte direta eram as *constituições imperiais*.

O direito pós-clássico é caracterizado pelo monopólio do Estado romano na formulação do direito, através das *constituições imperiais*. Roma vive agora a época do *dominato*, na qual o poder restou totalmente centralizado nas mãos

¹⁵²¹ “Com efeito, ao lado do *ius civile* (integrado pelos princípios costumeiros e legais, devidamente ampliados pela interpretação dos jurisconsultos), firma-se o *ius honorarium* ou *praetorium*. São duas ordens jurídicas distintas: de um lado, o *ius civile*; de outro o *ius honorarium* ou *praetorium*”. MOREIRA ALVES, José Carlos, op. cit. p. 70.

¹⁵²² Ibidem.

do imperador, o direito da *cognitio extra ordine* passa a constituir um sistema onde o processo formulário é relegado e cede lugar ao processo único e “extraordinário”. Este período vivenciou a decadência da cultura jurídica, fato que acentuou as divergências do direito estatal em face do direito aplicado na prática, que exigia certa adaptação em razão das vicissitudes sociais pelos aplicadores do direito. A doutrina dissente quanto ao fator que deve prevalecer como caracterizador da fase pós-clássica do direito romano, segundo alguns autores ela se notabilizou pela influência helênica, outros, porém, apontam a influência do cristianismo, outros, ainda, indicam a influência do oriente já que a capital do império foi deslocada para Constantinopla, dentre outros fatores.

Fato é que a decadência da cultura jurídica romana vez vicejar o que se denomina de *direito romano vulgar*.¹⁵²³ Este direito vulgar formou-se lentamente e decorreu de um processo de criação costumeira por parte dos setores mais populares de todo o império. Em razão de sua origem consuetudinária o direito romano vulgar não possuiu uma característica uniforme em virtude da assimilação que cada localidade lhe impôs. Apesar de ter origem popular e costumeira a legislação de Constantino chegou a fazer referência sobre ele.¹⁵²⁴

¹⁵²³ MOREIRA ALVES, José Carlos, op. cit. p. 72. MUÑOZ-ARRACO tem opinião idêntica a de Moreira Alves no sentido de que o fato propulsor da vulgarização do direito romano foi mesmo a decadência da cultura jurídica romana, vejamos: “*En realidad , hay manifestaciones de vulgarismo en plena época clásica, pero ese vulgarismo se acentúa en el Bajo Imperio por la desaparición de los grandes juristas clásicos, sin continuadores adecuados*”. MUÑOZ-ARRACO, José Manuel Pérez-Prendes. *Interpretación Histórica del Derecho. Notas. Esquemas. Prácticas*. Publicado pelo serviço de publicações da Faculdade de Direito da Universidade Complutense, Madri, 1996, p.190.

¹⁵²⁴ José Manuel Pérez-Prendes Muñoz-Arraco define o direito romano vulgar da seguinte maneira: “*Damos el nombre de vulgarización al resultado del proceso de transformación que, en el periodo postclásico (aproximadamente desde el 230 hasta el fin del Imperio), sufrió el Derecho romano*”. Ibidem, p. 188-9.

A problemática da vulgarização do direito romano se constitui numa das questões mais polemizadas na doutrina romanista. Há, por exemplo, quem conteste que ele tenha sido resultado de costumes locais ou que fora algo similar a um direito provincial e que se opunha ao direito de Roma.¹⁵²⁵ Para se confirmar isso é suficiente a constatação de que não se considera direito romano vulgar o conjunto de regras inovadoras introduzidas pela legislação do período posterior a Constantino, não obstante o fato de tais inovações terem sido impregnadas de vulgarismo.¹⁵²⁶ Esse vulgarismo impregnou o direito da maioria dos países da Europa e o direito romano foi sempre o pano de fundo do direito comum vigente durante a Idade Média, tal como consagrado nas ordenações espanholas e portuguesas.

4. Da Escola de Bolonha à era da prática forense (judicialismo), e desta à do procedimentalismo francês (o advento do processo civil moderno).

Antes de o direito processual tornar-se monopolizado pelos praxistas, a Escola de Bolonha conferiu-lhe a consolidação de um estudo sistemático. Partindo da idéia de Búlgaro, que reconheceu e ordenou, porém de modo limitado, a concepção sistemática do processo civil, os processualistas de Bolonha infundiram de modo operacional tal sistema. Dentre os autores dessa Escola, destacam-se Otón de Paiva, com uma construção teórica do sistema processual seguramente fiel às suas fontes; depois, tivemos Pillio, que procedeu com adaptações imprescindíveis ao uso das cúrias; Piacentino, por sua vez, verticalizou os estudos de taxonomia sobre as ações; Tancredi, com pioneirismo, partindo dos escolásticos, adentrou na determinação dos princípios processuais; e Guglielmo Duranti, perfilhando e

¹⁵²⁵ Neste sentido vai dizer José Manuel Pérez-Prendes Muños-Arraco que *“La noción del Derecho romano vulgar resulta hoy una de las más confusas y discutidas por los especialistas, que no logran un acuerdo acerca de qué debe entenderse por tal ni acerca de cuáles sean sus factores, elementos e fuentes. (...) Schupfer entendió por Derecho vulgar la creación espontánea y popular de nuevas normas. Estas posturas non encuentran total eco y tampoco se acepta por todos la interpretación originaria de Brunner, que creía que equivalía a Derecho de los provinciales o Derecho local.”*. MUÑOZ-ARRACO, José Manuel Pérez-Prendes, op. cit. p. 189.

¹⁵²⁶ Esta é a opinião do catedrático espanhol MUÑOZ-ARRACO, confira-se op. cit., p. 190.

tomando por base esses estudos, organizou uma fabulosa obra resultante de uma extensa experiência forense intitulada *Speculum iudiciale*, mas aqui já se vislumbrava uma inegável vertente prática ao processo. O fato é que, segundo Chiovenda, a Escola de Bolonha proporcionou-nos uma idéia de processo, que, considerada em seus “*íntimos nexos*”, o tinha como um “...*organismo vivente da própria vida do direito, e que nós nos acostumamos a resumir com uma idéia e com uma palavra: ‘ação’*”.¹⁵²⁷ Mas, quando o estudo do processo levou em consideração os aspectos exteriores da vida forense, em detrimento das qualidades intrínsecas do fenômeno processual em si mesmo, a idéia de sistema processual *degenerou-se* e os *práticos* dominaram, desde então, os trabalhos intelectuais sobre o processo.¹⁵²⁸

Até o advento da ciência processual, havia uma cisão entre os acadêmicos e os práticos do processo. De um lado ensinava-se um direito processual sem a menor preocupação com a sua posterior aplicação. De outro lado, ensinava-se a prática processual, desprezando-se a teoria acadêmica. Durante os idos dos séculos XVI a XVIII, chegou-se a vivenciar um paradoxo onde as universidades, tanto americanas quanto européias, formavam juristas conhecedores do direito romano, mas desconhecedores do direito local de cada país.¹⁵²⁹ Entretanto, uma corrente de estudiosos passou a centrar o foco de suas atenções na realidade prática local, cujo escopo era o de esquadrihar o desenrolar dos processos perante os tribunais locais e de estudar as respectivas decisões. Nascia, assim, a *escola prática* ou *judicialista* do processo, caracterizada, dentre outros fatores, em virtude de os seus mestres não terem, ao menos a maioria não tinha, formação acadêmica.¹⁵³⁰ A

¹⁵²⁷ CHIOVENDA, op. cit. p. 07-08.

¹⁵²⁸ “É verdade que este estudo autônomo de um instituto jurídico, que se desenvolve em uma série de atos exteriores, pode facilmente degenerar, e a decadência sobrevém quando o estudo se refere mais ao fenômeno exterior do que aos nexos ocultos. Destes se apodera, então, o direito civil; e a doutrina do processo estritamente entendido cai nas mãos dos práticos, e práticos são chamados os estudos que estes lhe dedicam”. Ibidem.

¹⁵²⁹ “Aunque pueda parecer extraño la fuerza y el prestigio del Derecho romano era tal que se impuso como materia académica praticamente única, sin dejar que el Derecho específico de cada llegara a formar parte del cuadro de sus enseñanzas”. MOTERO AROCA, Juan. *El derecho procesal en el siglo XX*. Valencia: Tirant Loblanch, 2000, p. 19.

¹⁵³⁰ A respeito dessa fase e dessa escola processual, Waldemar Mariz de Oliveira Júnior registra o seguinte: “Esta fase judicialista ou prática, na verdade, viria a prolongar-se, ainda, por muito tempo, pois os estudos posteriormente feitos, com algumas exceções, eram impregnados por nítida preocupação forense. É a época do praxismo forense, em que as questões de ordem prática sobrelevam todas as outras, só vindo ceder seu lugar ao procedimentalismo em virtude da promulgação do Code de

vida processual-forense era estudada pelos juízes, advogados e escrivães, e as suas obras destinavam-se não a estudantes universitários, mas aos próprios juízes, advogados e demais práticos do direito. Estudava-se não o direito teórico difundido por toda a Europa (o direito romano), mas o direito construído pelos tribunais locais.¹⁵³¹

O resultado desse contra-senso foi a eclosão do denominado *direito pátrio – judicial* -, em finais do século XVIII e começo do século XIX, com a característica de que o direito ensinado nas universidades, o processo, sobretudo, não era mais tão somente o romano. Foi nesta época que surgiram os manuais destinados ao ensinamento do direito prático aos estudantes universitários.¹⁵³² O século XVIII foi deveras importante para o direito processual, também, em razão da mudança da ideologia liberal impingida pela Revolução Francesa, resultando na codificação processual. Com ela nascia o processo civil moderno, caracterizado pela redução das formalidades inúteis herdadas do processo civil comum medieval. Destaca-se ainda a adoção dos princípios do dispositivo – embora com certa mitigação, pois em relação à produção de provas preponderava o inquisitivo -, da oralidade, e da publicidade.¹⁵³³

Até então, o parlamento limitava-se a regulamentar aspectos procedimentais tendentes à abreviação dos processos. A despeito disso não se está aqui a negar a existência – e menos ainda – a importância das ordenações, inclusive da francesa de 1667, que serviu de base para a construção do código de processo civil de 1807.¹⁵³⁴ Pois bem, com a

Procédure Civile, de 1807”. OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. *Curso de direito processual civil. Teoria geral do processo*. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 45.

¹⁵³¹ Aroca assinala que a discrepância entre a realidade acadêmica e a realidade prática era tanta que em 1583 um autor espanhol chamado Gonzalo Suárez de Paz escreveu um livro sobre processo civil e canônico no qual reconhecia que: “... después de explicar durante ocho años la teoría de los procesos (se entiende, civil y canónico) se le ocurrió que se sería también de utilidad explicar la práctica, el estilo, el modo común de proceder, impartiendo estas enseñanzas en el año 1572 con gran aplauso de los asistentes y el aula llena de jueces, abogados y estudiantes”. Ibidem, p. 21.

¹⁵³² Ibidem, p. 22.

¹⁵³³ OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de, op. cit. p. 46. Sobre o marco adventista do processo civil moderno registra este autor na mesma página da mesma obra: “A formação do Direito Processual Civil moderno, até então dominado pelo direito comum, deve-se, sem dúvida, à vitória da Revolução Francesa e ao Código de Processo Civil Francês de 1807”.

¹⁵³⁴ “Nessa construção de um direito processual moderno, tiveram enorme influência as Ordenações Régias (Ordenances), emanadas do absolutismo monárquico então dominante, as quais vieram simplificar e modificar o Direito Processual Civil. Ressaltam os autores a Ordenança Civil de Luiz XIV, de 1667, que daria as bases e fundamentos para o Código de 1807, vigente na França até os dias atuais”. Ibidem, p. 46.

revolução liberal veio a concentração do poder político nas mãos do legislador, que passou a dispor com verdadeira potestade legislativa sobre matéria processual, já que a *lei* estabeleceu-se como fonte única do direito, tal como era considerada pelos cultores do liberalismo-exegético francês. E foi nesta ambiência ideológica que nasceram os códigos napoleônicos, o de processo civil, inclusive (*o code de procédure civile de 14 de abril de 1806-7*).¹⁵³⁵ A consequência processual daí resultante foi que os cultores da escola da exegese pretenderam desconhecer a prática dos pretórios, tanto que Robespierre chegou a propor a supressão da expressão *jurisprudência* dos dicionários franceses.¹⁵³⁶

Os acadêmicos passaram a ensinar não o direito, mas sim os ‘códigos’ de Napoleão. E o caráter procedimental do direito processual não significava qualquer ênfase da prática forense. A questão não era esta, mas sim o conjunto de formas prescrito pela lei e que devia ser observado nos procedimentos judiciais tendentes à obtenção da justiça. A forma legal derogava a forma dos tribunais, a forma solene traduzia de modo exauriente o processo. A predominância dos exegetas explica o surgimento de inúmeras obras consistentes em ‘comentários’ aos códigos de processo. Este fenômeno constatou-se também na Itália, com o advento do código de processo civil de 1865, e na Espanha, com a edição da *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1855.¹⁵³⁷ Até os dias atuais o processo civil francês é visto pela maioria dos autores franceses como um mero apêndice do direito material, não fazendo jus ao título de disciplina científica. Na França, portanto, o processo ainda é considerado como *procedimento*, simplesmente, pois há autores a afirmar que a excessiva valorização do processo gerou inaceitável abuso de direito por aqueles que não possuíam direito.¹⁵³⁸

¹⁵³⁵ Segundo Aroca a mudança ocorreu quando se considerou: “... *que no pueden continuar subsistiendo las prácticas de los tribunales, correspondiéndole a él tomar las decisiones sobre como deben realizarse los procesos*”. MOTERO AROCA, op. cit. 23.

¹⁵³⁶ Ibidem.

¹⁵³⁷ “... *pero estas formas no eran ya las propias de cada tribunal, las que éste tenía a bien fijar con base en su experiencia y la doctrina secular, sino que eran siempre las establecidas por la ley. (...) Esta describía la forma de los actos procesales y el autor procedimentalista describía, a su vez, como la ley describía los actos. Todo se reducía, pues, a descripciones de formas legales y el mejor sistema para ello era, naturalmente, la exégesis. (...) El contenido de las obras que no se sometían lateralmente al comentario abarcaba la organización judicial, la competencia de los tribunales y el procedimiento*”. MOTERO AROCA, op. cit. p. 23-4.

¹⁵³⁸ “Muitos juristas franceses entendem que o Processo se resume a procedimento, não merecendo o “status” de ciência. (...) Para os juristas franceses o processualismo é interesse de uma minoria

5. A formação do processo civil alemão: a influência italiana e saxônica.

O direito processual civil alemão consiste na resultante de uma fusão entre o processo ítalo-canônico e do processo saxão. Desde o século XIV os territórios do sul e do oeste da Alemanha adotaram o modo italiano de resolução de conflitos, tendo havido em 1495 a instituição do Tribunal de Câmara do Império que já atuava segundo os preceitos do processo italiano. Este processo era caracterizado pelo princípio da eventualidade: de um lado o autor devia formular suas pretensões redigidas sob a forma de artigos, ainda que tivesse de comparecer à *litis contestatio*, sob pena de incorrer em preclusão; já ao réu era imposto o dever de propor, juntamente com a contestação, as alegações da demanda, bem como as respectivas exceções admitidas; em seguida, o demandante devia apresentar a provas de suas alegações apresentadas, bem como contestar as exceções opostas e a réplica; depois, o réu podia requerer simultaneamente a produção de provas destinadas a demonstrar a veracidade das exceções contestadas pelo autor, e, ainda, treplicar. A prova incidia sobre os pontos fixados pelo juiz e a presença de advogados era obrigatória. Os procuradores desses Tribunais de Câmara, isto já em fins do século XVII, construíram um processo civil com vinte e seis termos, espaçados em prazos de quatro semanas. Esta foi a influência mais marcante do processo civil italiano sobre o alemão.¹⁵³⁹

A outra parte do território alemão era regida pelo processo civil saxônico. Este processo afastou-se de influências alheias demonstrando o desenvolvimento de idéias processuais próprias dos germânicos. A demanda era proposta com simples escritos pelos quais se demonstrava os seus fatos e fundamentos. A contestação tinha de conter a

mínima, quase inexistente. Jean Vincent e Serge Guinchard, em seu Procédure Civile, Dalloz, 1996, p. 1, mostram o conceito em que se tem geralmente o Processo Civil na França: “O Procedimento Civil, alguns preferem falar Direito Judiciário Privado, é um pouco a criança terrível da família jurídica, em todo caso este que não tem sempre boa reputação: disciplina árida e complexa ela seria apanágio dos advogados mesquinhos, daqueles de quem se diz que utilizam precisamente todas as armas do procedimento porque sua causa é sem razão”. MARQUES Luiz Guilherme. O processo civil francês. www.amepe.com.br/artigo002.html.

¹⁵³⁹ GOLDSCHMIDT, James. *Direito processual civil*. Tomo I. Traduzido por Lisa Pary Scarpa. 1. ed. Capinas: Bookseller, 2003, p. 38-9.

explicação dos detalhes fundamentais da defesa e, a partir de 1622, devia ser apresentada juntamente com todas as exceções cabíveis. Se o demandado deixasse de comparecer por três vezes consecutivas era considerado perdedor da demanda. Da aplicação do princípio da eventualidade resultou o surgimento da sentença probatória germânica, a qual, segundo Goldschmidt: “*regulamentava o onus probandi e a dilatio probatorialis (prazo de prova)*”. Tratava-se de espécie de sentença interlocutória-probatória, impugnável, porém, através de apelação tal como sucedia com a sentença definitiva-final, que tinha ainda como característica o efeito de cindir o processo em duas partes: a das alegações; e a das provas. Estava instituído o princípio da separação da prova. Este processo também se baseava no juramento, requerido sobre a veracidade dos fatos deduzidos em juízo.¹⁵⁴⁰

O processo germânico-saxônico era mais rápido que o ítalo-germânico dos Tribunais de Câmaras, tanto que em 1654 os legisladores do Reich utilizaram-se do procedimento saxão para reformar o processo de inspiração italiana. Editada uma lei neste ano, o processo alemão passou a possuir as seguintes características: o libelo passou a ser apresentado de forma não articulada, mas sumariamente; a exposição dos fatos devia ser breve e desembaraçada; a redação das peças processuais devia ser precisa e clara; o não comparecimento do réu não impedia o autor de prosseguir com o feito; o réu ausente era considerado revel;¹⁵⁴¹ aplicação do princípio da eventualidade; inadmissão de alegação de fatos novos após a instauração da demanda até mesmo em sede de apelação;¹⁵⁴² não admissão da sentença interlocutória probatória; impossibilidade de adoção do sistema de separação da prova. Todavia, estes dois últimos institutos volveram à cena processual alemã nos séculos XVII e XVIII, por força da prática forense. O sistema recursal desse processo alemão admitia os seguintes recursos: 01- o de restituição, que não possuía efeito devolutivo; 02- o de apelação, dotado de eficácia devolutiva; 03- o recurso de súplica, derivado do processo romano; 04- o de cassação, admitido apenas contra as sentenças

¹⁵⁴⁰ Ibidem, p. 40.

¹⁵⁴¹ Sobre o procedimento contumacial Goldschmidt ensina que: “... se realiza prescindindo posteriormente dos meios usados até então no processo, a saber: da pena de desterro ou a inmissio ex primo vel secundo decreto. Somente pode facultar ao demandado negar sua comparência (quer dizer, a litis contestatio), a oposição de exceções ‘declinatórias do foro’ (dilatórias)”. Ibidem.

¹⁵⁴² Sobre a alegação de fatos novos, Goldschmidt registra que não eram admitidos nem mesmo para se modificar o ataque ou a defesa: “... senão somente para aperfeiçoá-los, e isso depois de prestar juramento novatório. É necessário ademais, que esses novos fatos ou meios de prova não tenham sido alegados na instância anterior por motivos desculpáveis”. Ibidem.

proferidas pelo Tribunal de Câmara do Reich; 05- o de purificação, sem efeito devolutivo, originado do processo saxônico-germânico; 06- o de nulidade.¹⁵⁴³

5.1. Do procedimentalismo francês ao cientificismo alemão.

A influência francesa atingiu toda a Europa continental, de forma que até nas universidades italianas e espanholas a *modernidade-procedimental* do processo civil passou a ser ministrada. Na Alemanha, porém, isto não se verificou de imediato porque a primeira ordenança processual só surgiu no ano de 1877.¹⁵⁴⁴ Esta tardança germânica no trato legislativo do processo proporcionou aos autores alemães poderem livrar-se da servidão procedimental da forma francesa antes dos demais.¹⁵⁴⁵ Por conta disso os germânicos aprofundaram, também precedentemente, o estudo teórico sobre o fenômeno processual. Enquanto as universidades francesas, italianas e espanholas ensinavam meros *procedimientos* judiciais, as alemãs, ainda no século XVIII, ensinavam '*direito processual*'.

¹⁵⁴³ Ibidem.

¹⁵⁴⁴ Aroca chega a dizer que isso consistiu no fator de sorte para a ciência processual alemã: "*Aunque parezca una paradoja la doctrina procesal alemana tuvo la suerte en el siglo XIX de no contar con un código que comentar (por lo menos hasta las Ordenanzas procesales de 1877)*". MOTERO AROCA, op. cit. p. 25.

¹⁵⁴⁵ Isso não significa, todavia, que a Alemanha não tenha sofrido a influência procedimentalista francesa. A propósito, Goldschmidt, ainda em 1936, fez o seguinte registro: "*La Ciencia del proceso es la rama más moderna de la Ciencia del derecho. Durante mucho tiempo, la Ciencia del proceso se contentó con describir los fenómenos procesales. En esta etapa de desarrollo se mantienen todavía las grandes obras sistemáticas de Bayer y de Wetzell, consagradas a la exposición del Derecho procesal alemán común, muy parecido al Derecho español vigente*". GOLDSCHMIDT, op. cit. p. 14. Com mais detalhes Waldemar Mariz de Oliveira Júnior anota que: "*O processo comum teve difícil penetração na Alemanha, só se completando sua aceitação no século XVI. O processo que ali se formou, sofrendo a influência do direito consuetudinário local, foi impregnado de um formalismo excessivo, do qual só se libertou no século XIX, graças à doutrina processual francesa e ao Code de Procédure Civile de 1807, assim como a pela elaboração científica de nossa disciplina, que teve a faculdade de modificar e renovar seus antigos conceitos e institutos. Como resultado dessa renovação científica, surge, em 30 de janeiro de 1877, o Regulamento Processual Civil Alemão (Zivilprozessordnung – ZPO)*". OLIVEIRA JÚNIOR, op. cit. p. 47. Sem negrito no original.

Foi esta atitude alemã que possibilitou o enfrentamento dos verdadeiros problemas processuais.¹⁵⁴⁶

Até então não se concebia o processo como uma relação jurídica de direito público e distinta da relação jurídica de direito material nele debatida. Como adiantamos no capítulo 13, foi exatamente neste contexto histórico que Bülow distinguiu ‘processo’ de ‘procedimento’, no ano de 1868. Somente a partir de então é que o processo veio a ser concebido como relação jurídica, superando-se a idéia francesa de índole procedimentalista.¹⁵⁴⁷ Outro fator não menos importante para a superação procedimental do processo, foi o debate travado entre Windscheid e Muther acerca da ação, também ilustrado no item 02 do capítulo 07. Antes disso a ação não era compreendida como sendo um direito distinto do direito material correspondente à pretensão.¹⁵⁴⁸ Estes dois principais temas: o processo enquanto relação jurídica de direito público; e a ação enquanto direito distinto do direito material discutido no processo; e ainda a consideração de que o juiz era um sujeito da relação processual, constituíram-se, portanto, na base teórica da novel ciência do direito processual, em finais do século XIX. Este é o marco definitivo do cientificismo processual alemão e que rompeu com a doutrina procedimentalista francesa.¹⁵⁴⁹ Esse novo processo

¹⁵⁴⁶ “Podría decirse que si en el siglo XIX los franceses y los italianos explicaban un código ya promulgado, los alemanes se dedicaban a poner las bases científicas para elaborar el suyo. Esta orientación condujo a los alemanes a plantearse los problemas de fondo, sin quedarse en las formas del procedimiento”. MOTERO AROCA, op. cit. p. 25-6.

¹⁵⁴⁷ FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência (fundamentos da tutela antecipada)*. São Paulo: Saraiva, p. 27-9. No mesmo sentido: NERY, Nelson Júnior. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 21. Contextualizando historicamente a obra de Bülow, Aroca faz o seguinte registro: “Si el procedimentalismo se había conformado con la descripción del desarrollo temporal de los distintos procedimientos, la doctrina alemana comprendió, a mediados del siglo XIX, que el proceso no es un mero devenir fáctico, sino jurídico, que no es una mera relación fáctica, sino jurídica, que afecta a las esferas jurídicas de las partes haciendo surgir derechos, modificándolos y extinguiéndolos. De ahí el descubrimiento de Bülow de que el proceso es una relación jurídica de Derecho público, que se desenvuelve de modo progresivo entre el tribunal e las partes”. MOTERO AROCA, op. cit. p. 27. A importância dessa obra de Bülow é manifestada também por Goldschmidt: “El primero que abrió el camino para crear una ciencia constructiva del proceso fué Oscar Bülow. Su libro ‘La teoría de las excepciones dilatorias y los presupuestos procesales’, que apareció en 1868, llegó a ser fundamental”. GOLDSCHMIDT, op. cit. p. 14.

¹⁵⁴⁸ Esta polêmica encontra-se detalhada em: WINDSCHEID, Bernhard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la “actio”*. Tradução de Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: E.J.E.A., 1974.

¹⁵⁴⁹ Autores alemães como Wach, propositadamente, excluíram de seus manuais temas relacionados com a administração da justiça, mormente o conteúdo político, apenas mencionando a organização judiciária dos tribunais quando afetava o processo. Goldschmidt, por exemplo, concebia a organização judiciária dos tribunais como a base direito político do processo”. MOTERO AROCA, op. cit. p. 27. Em Pontes de Miranda, quando comentava o desinteresse da doutrina brasileira de então por este novo ramo do direito, encontramos com precisão o ano do advento da ciência processual: “No direito brasileiro, além

civil alemão era orientado pelos princípios: da oralidade, da imediatidade, da concentração, da publicidade ampla, da outorga de maiores poderes dirigentes ao processo na condução do processo. Os princípios do processo civil alemão foram aprimorados pelo Regulamento processual austríaco de 1895, que elaborado por Franz Klein, foi considerado como sendo a obra prima do processo civil moderno, com forte atenção para a questão da imediação do juiz na produção da prova, de modo que apenas por exceção admitia-se a produção de provas perante outro juiz distinto do que iria proferir a sentença. Além disso, o código da Áustria conceituou a sentença como sendo as decisões pertinentes ao mérito da causa, apenas. Quaisquer outras decisões não se enquadram no conceito de sentença, conseqüentemente, não desafiavam o recurso de apelação, pois que exclusivo para os atos judiciais apreciadores do mérito.¹⁵⁵⁰ Enquanto isso a França continua regida pela escola procedimentalista.¹⁵⁵¹ Ainda hodiernamente, a questão sobre a natureza jurídica do processo não é pacífica, vejamos.

6. Natureza jurídica do processo:

contrato, quase-contrato, relação jurídica; situação jurídica e instituição.

Boa parte da doutrina considera o processo como sendo o conjunto ordenado de atos tendentes à resolução do conflito de interesses (lide), através de uma sentença de mérito, denotando, pois, uma noção instrumental do processo. Processo é instrumento de realização do direito (material), sem esquecer que, também, o processo em si mesmo se constitui num direito, tanto que hoje já se fala não num direito processual, mas num direito jurisdicional.

dos dois livros citados (J. M. F de Souza, Augusto Teixeira de Freitas), pouco, muito pouco, se fez. Ignorou-se a ciência nova que se formou na Europa, desde 1868". MIRANDA, Pontes de. Comentários ao código de processo civil, p. XV.

¹⁵⁵⁰ Detalhe do processo civil austríaco consiste no dever que recai sobre os membros dos tribunais distritais de orientar as partes que litiguem sem a assistência de advogado. OLIVEIRA JÚNIOR, op. cit. p. 48.

¹⁵⁵¹ "Francia quedará anclada en el viejo procedimentalismo, del que parece no poder salir ni siquiera en la actualidad". MOTERO AROCA, op. cit. p. 57.

Há várias teorias que tencionam explicar a natureza jurídica do direito processual. Inicialmente defendeu-se que processo seria um **contrato**, nos mesmos moldes daqueles celebrados entre os particulares. Seus defensores remontam ao período formulário romano, onde os litigantes compareciam diante de um funcionário (magistrado) e **formulavam** as respectivas intenções, ou pretensões. Se os adversários acordassem quanto à fórmula consolidava-se a *litiscontestatio* e o *magistrado*, então, encaminhava-os para o juiz. Pois bem, grosseiramente, pode-se dizer que a base da teoria contratual acerca do processo é esta. Malgrado isso, tal axioma não logrou êxito, pois não conseguia explicar, com êxito, o fato de a atividade do juiz não poder atrelar-se ao acordo dos litigantes. Depois, critica-se até mesmo a afirmativa de que nem sequer a idéia romana chegara a representar um contrato, pois em vez de corresponder a verdadeiro rito judicial mais se aproximava do instituto da arbitragem.¹⁵⁵²

Superada esta teoria, vem a que postulava ser o processo um **quase-contrato**. Não era concebido como contrato porque não se reconhecia a existência de acordo de vontades. Todavia, o exercício de um direito através do processo constituir-se-ia num fato lícito gerador de obrigações de uma pessoa em relação à outra. Enxergava-se a *litiscontestatio* como ato bilateral: o fato gerador de uma obrigação. Não detinha, porém, caráter de contrato porque a vontade da partes não era totalmente livre e o litigante, ao provocar o juízo, nada mais faria que exercer direito próprio sem incidir em cometimento de delito. Na época do processo formulário romano o *quase-contrato* era tido como indispensável para a instauração da instância e para tornar possível a prolatação da sentença pelo juiz. Esta teoria, que assim como a anterior demonstrou-se ineficaz, partia do exame

¹⁵⁵² A este respeito Couture compara que até mesmo nos dias atuais a arbitragem mantém o seu aspecto contratual, mas não se confunde, todavia, com a atividade estatal jurisdicional. E atividade romana correlata também não era judicial, pois a *litiscontestatio* verificava-se perante pretores e não perante juízes do Estado romano. Observa ainda que apesar das críticas que recaem sobre esta teoria, a doutrina francesa dos séculos XVIII e XIX continuou a supor que o processo consistia numa convenção entre as partes: “... *ambos os litigantes concordavam em aceitar a decisão de sua contenda pelo juiz. Foi afirmado que o efeito da coisa julgada entre as partes nada mais era que a consequência lógica do princípio de que as convenções somente afetam os contratantes, e que a origem da coisa julgada é a convenção, ou seja, o acordo entre as partes chamado ‘contrato judicial’, pelo qual ambos os litigantes se põem de acordo em submeter à decisão do juiz o litígio que os divide*”. COUTURE, J Eduardo. *Fundamentos do direito processual civil*. Tradução de Benedicto Giacobini. Campinas: RED Livros, 1999, p. 90-91. Ainda sobre a natureza contratual do processo veja-se FIDELIS, Ernani. *Manual de direito processual civil*. Vol. I (Processo de conhecimento). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 27.

de quatro fontes de obrigações (contrato, quase-contrato, delito e quase-delito) e considerava que o juízo não era nem um contrato, nem um delito, nem um quase-delito. Partia de juízo eliminatório de hipóteses equivocadas para acatar a menos imperfeita: tratar-se-ia de um quase-contrato. Seus cultores, todavia, cometeram um sério equívoco: centraram-se sobre o estudo das fontes das obrigações, mas dentre elas não incluíram a principal: a *lei*, que dá ensejo à idéia de que processo é relação jurídica típica.¹⁵⁵³

A teoria do processo como **relação jurídica** deve-se a Oskar Bülow, que em 1868, em seu livro “*La Teoría de las Excepciones Dilatorias y los Presupuestos Procesales*”, estabeleceu que o processo tem o caráter de uma relação jurídica de natureza pública entre o Estado e as partes. Foi com base neste princípio que Bülow chegou ao conceito dos **pressupostos processuais formais**, dentre os quais tem-se a competência do juiz e a capacidade das partes como requisitos indispensáveis para a formação de uma relação processual válida. Este livro de Bülow obteve um grande sucesso, inspirando quase todos os ordenamentos jurídicos processuais modernos e outorgando ao direito processual a autonomia e o caráter científico dos quais carecia. A partir daí o processo logrou independência em relação ao direito material.¹⁵⁵⁴

Apesar de a doutrina apontar para Bülow como criador da teoria que outorgou o status de ciência ao direito processual, Chiovenda traz o registro de que a idéia de que o processo civil contém uma relação jurídica remonta mesmo à fase do *iudicium romano*. Tal idéia já havia, na verdade, sido posta na Idade Média por Búlgaro.¹⁵⁵⁵ Mas é de Bülow a formulação das exceções e dos pressupostos processuais, como caracterizadores da relação jurídica verificada entre autor e réu, e destes em face do juiz. Outro ponto importante desta teoria é que ela rompe com a idéia da fonte do *quase-contrato*, pois percebeu nitidamente

¹⁵⁵³ Até bem recentemente esta teoria ainda encontrava adeptos. Segundo Couture, não apenas a doutrina francesa, mas também os espanhóis e americanos ainda fazem uso da expressão *quase-contrato-judicial*. Mas ao olvidarem de examinar a lei como fonte de obrigações deixaram de estudar exatamente a fonte que resolve o problema da natureza jurídica do processo: “E, neste caso, a fonte de obrigações, que a doutrina em questão esquece, é justamente a que dá a verdadeira solução: o processo é uma relação jurídica típica regida pela lei”. COUTURE, op. cit. p. 93-4.

¹⁵⁵⁴ “El libro de Bülow tuvo un éxito sin precedente. La teoría de la relación jurídica procesal y de sus presupuestos forma la base de todos los sistemas del proceso, siendo indudable que a partir de Bülow, y no antes, comienza a formarse una Ciencia propia del Derecho Procesal”. GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso*. Barcelona: Biblioteca de Iniciación Cultural, 1936, p. 14-5.

¹⁵⁵⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Tradução de j. Guimarães Menegale. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1969, p.56.

que o processo é um instituto constituído sob a forma de relação jurídica configurada no complexo de direitos e deveres integrantes do processo civil, tendo como fonte a própria lei.¹⁵⁵⁶

Mas além desta concepção, o processo, consoante alguns, não é contrato, nem *quase-contrato*, nem relação jurídica, porém configura-se numa **situação jurídica** (*Rechtslage*). Foi Goldschmidt quem contestou a validade da teoria da relação jurídica, negando a existência de direitos e obrigações entre os sujeitos da relação processual (autor, réu e juiz), pois sobre o magistrado não paira qualquer dever de decidir a lide de modo vinculado com o direito alegado. O réu, por exemplo, não possui qualquer obrigação, sobre ele há apenas ônus. Por esta teoria, o direito de o credor receber o crédito do devedor, que é um direito pré-processual, está, a partir da instauração do processo, a depender da sentença do juiz que tanto pode reconhecê-lo quanto negá-lo. A posição das partes diante do direito subjetivo é, de tal forma, que não há que se falar em relação jurídica, mas em situação jurídica. Aqui, não se admite a existência de direitos processuais, mas apenas de expectativas de direitos às quais correspondem os respectivos ônus. Relação jurídica, no processo, somente se pode falar na de direito material, que se faz efetivar pelo processo. Será este que a declarará, logo, em relação às partes o que há é situação jurídica, não relação.¹⁵⁵⁷

¹⁵⁵⁶ A propósito, Couture diz o seguinte: “Admitindo que o processo é um fenômeno regido pela lei, a doutrina mais moderna considera que o ordenamento existente para reger a situação do autor e do réu dentro do processo, um em face do outro, e cada um deles em face do juiz, configura uma relação jurídica”. COUTURE, op. cit. p. 95.

¹⁵⁵⁷ Aliás, James Goldschmidt admite a possibilidade de se falar de uma *situação jurídica* processual até mesmo antes da instauração da demanda: “Ya antes de que se entable un pleito, puede hablarse, en atención a un pleito futuro, de una situación jurídica procesal. Tal situación puede nacer solamente de la existencia de un medio probatorio, idóneo para llevar un hecho importante a la ‘evidencia’. Es verdad, que también los actos de causación verificados antes de que se haya entablado el pleito, ya sea por las partes, como, por ej., el compromiso o la sumisión expresa a un juez, ya por el juez, como, p. ej., una sentencia en un pleito anterior, pueden producir una situación jurídica procesal atendiendo a actos de obtención que habrán de verificarse en un posible pleito futuro. Pero como los actos de causación que no se hacen en juicio, se atienden solamente cuando se comprueban según las reglas procesales, se produce por ellos una situación jurídica procesal exclusivamente, cuando existe un medio para comprobarlos. La única situación jurídica procesal que se encuentra antes de que se haya entablado el pleito, y sin que se presuponga un medio probatorio, es la posibilidad abstracta de constituir por la pretensión de la demanda la expectativa de que el juez proceda a consecuencia de ella con arreglo a la ley procesal”. GOLDSCHMIDT, op. cit. p. 179-180.

Para desenvolver a sua noção de processo como situação jurídica Goldschmidt inspirou-se em “*A decadência do ocidente*”, de Spengler, que sugeriu a substituição da justiça estática dos romanos por outra que fosse dinâmica.¹⁵⁵⁸ Partindo da análise da guerra percebe-se que em tempo de paz o direito é estático e representa um domínio intocável. Mas, sobrevindo a guerra os direitos mais primordiais e até mesmo o preceito jurídico mais intátil são agredidos. Neste contexto o direito todo não passa de um mero complexo de possibilidades, de expectativas. Pois é exatamente isso o que se passa com o processo: há uma redução da certeza decorrente da estática jurídica para uma série de possibilidades processuais. A propositura da ação gera este estado de incertezas de modo que a consequência de certos ônus processuais pode proporcionar o reconhecimento de direitos inexistentes, tal como ocorre na guerra.¹⁵⁵⁹

Foi partindo desta metáfora que Goldschmidt distinguiu duas grandes classes de imperativos jurídicos: de um lado, tem-se as normas impondo condutas e denotando o direito ainda no âmbito ‘extrajudicial’, cuja função é nitidamente estática; de outro, os imperativos que consistem nos requisitos para a prolação da sentença pelo juiz, sobrelevando o direito no sítio judicial, cuja função é claramente dinâmica e imposta pelo processo. A função dinâmica proporcionada pelo processo acarreta uma transformação na estrutura do direito, posto já não mais se poder falar propriamente de direitos, mas tão somente de *possibilidades* de reconhecimento de direitos pela sentença, bem como de ônus e obrigações processuais. Neste contexto não mais teria cabimento falar-se de relações envolvendo partes e juiz. A sentença não corresponderia a um direito das partes, mas sim a um dever funcional e de ordem política que recai sobre o juiz. Em vez de relações entre as partes o que na verdade existe são estados de sujeições delas em face da ordem jurídica que as subordina. E tudo isso não importaria em relação jurídica, mas numa situação na qual estaria configurado o estado de um litigante em face da sentença.¹⁵⁶⁰

¹⁵⁵⁸ Mas o conceito de situação já havia sido desenvolvido para o direito privado por Kohler. Neste sentido: COUTURE, op. cit. p. 99.

¹⁵⁵⁹ COUTURE, op. cit. p. 97-99.

¹⁵⁶⁰ “O juiz dá a sentença, não porque isso constitua um direito das partes, senão porque é para ele um dever funcional, administrativo e político: as partes não estão ligadas entre si, o que existe são apenas estados de sujeição delas à ordem jurídica, em seu conjunto de possibilidades, de expectativas e de ônus”. Ibidem, p. 99.

Esta teoria da situação jurídica não se susteve, dentre outras razões, Fidelis enumera as seguintes: o juiz estaria fora da situação jurídica, que se daria apenas em relação às partes; a situação jurídica seria situação das partes ante a relação material e não processual; não explicaria o processo de execução, onde não há qualquer incerteza acerca do direito do exequente.¹⁵⁶¹ Couture ainda acrescenta: descreve o processo em razão de suas imperfeições concretas e não como tecnicamente deveria ser; depois não seria correto falar apenas de uma situação, mas de várias; mitiga os poderes processuais do juiz; destrói e não reconstrói, posto que não enxerga o processo em seu conjunto; enfim, são exatamente a situação ou situações que demonstram a relação jurídica processual.¹⁵⁶²

Na ordem dos fatos históricos, sobreveio mais uma teoria com o escopo de explicar a natureza jurídica do processo: *a teoria da instituição*. O conceito de instituição foi dado por Guasp como sendo o resultado combinado de atos que tendem a um fim específico, e, também, de um complexo de atividades relacionadas entre si e unidas por uma idéia comum objetiva que interliga diferentes vontades. É integrada por dois elementos: a idéia objetiva que se situa fora e acima da vontade dos sujeitos; e o conjunto de vontades vinculadas à dita idéia, cujo fim é a sua concretização. Pois bem, transpassando o conceito de instituição do campo geral para o específico do processo, temos que: a idéia objetiva comum consiste na defesa ou contestação da pretensão; as vontades que se interligam à idéia comum são exatamente as dos sujeitos do processo; a idéia comum, por sua vez, estabelece entre os sujeitos processuais uma série de vínculos jurídicos.¹⁵⁶³

Segundo Couture a teoria da instituição merece preferência em razão de ser mais abrangente que a da relação jurídica, envolvendo a integralidade do objeto designado. A *idéia geral comum* abrange todo o conjunto de relações jurídicas derivadas do processo, cuja variedade é ilimitada, posto que o processo abrange vínculos de ordens diversas, tais como: o dos litigantes com o Estado; o dos sujeitos processuais com terceiros abrangidos

¹⁵⁶¹ Neste sentido confira-se FIDELIS, Ernani. Manual de Direito Processual Civil, Vol. I. Saraiva, 1997, p. 29-31.

¹⁵⁶² COUTURE, op. cit. p. 100.

¹⁵⁶³ GUASP, ap. COUTURE, op. cit. p. 101, onde este autor demonstra a sua preferência por esta teoria: “Esta doutrina supera, em nossa opinião, os resultados da conceituação do processo como relação jurídica. A idéia de uma relação jurídica, em que pese as críticas que lhe foram opostas, contribui para descrever com bastante nitidez o objeto jurídico que se trata de representar”.

pela coisa julgada;¹⁵⁶⁴ o dos sujeitos processuais com os advogados, peritos, testemunhas, etc. Correta, pois, é a afirmação de que da mesma forma que o processo não se constitui numa única situação jurídica, mas em várias, é também correto que não se resume a uma única relação jurídica, mas que representa e abrange um conjunto dessas relações. E esse conjunto constitui-se numa *instituição*.¹⁵⁶⁵

De nossa parte, filiamo-nos a idéia de que o processo constitui uma relação jurídica estabelecida pela norma secundária (vide item 14 do capítulo 03) que visa dirimir, ou evitar – inibir –, conflito de interesse primário vinculado a uma relação jurídica material (primária), a qual se reveste de seu pressuposto fático para o exercício do direito postular em juízo (pretensão à tutela jurídica), como esclarecido no item 12 do capítulo 03.

7. Evolução histórico-comparada do processo civil brasileiro em face do europeu.

Quando o Brasil foi habitado pelos portugueses a legislação vigente em Portugal era as Ordenações Afonsinas, que positivaram o direito português incluindo usos e costumes, os forais, o direito canônico e o romano, e vigeram durante setenta e cinco anos até que o rei D. Manuel as revogou no ano de 1521.¹⁵⁶⁶ Na verdade as ordenações deste

¹⁵⁶⁴ Sendo certo que no Brasil não se pode desconsiderar a restrição prevista no artigo 472 do CPC, que limita e adstringe os efeitos da coisa julgada às partes, não prejudicando nem beneficiando terceiros. Observe-se que este artigo contém uma imprecisão ao dizer que se alguém (terceiro) for citado no processo na condição de litisconsorte – naquelas ações referentes ao estado e à capacidade das pessoas – a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros. Ora, é óbvio que se alguém foi citado num processo como litisconsorte, detém a condição de parte e não de terceiro.

¹⁵⁶⁵ Para Couture o conjunto de relações jurídicas existente no processo pode ser considerado como *instituição*, desde que: “... por tal se entenda, como faz a doutrina francesa, o conjunto das regras estabelecidas para assegurar a satisfação de interesses coletivos ou individuais; seja sob a forma de pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, seja em forma de agrupamentos não personalizados, seja ainda em forma de regime instituído pela lei. Da mesma forma por que, nos exemplos oferecidos, a família, a associação, a comuna, entram, pela multiplicidade das suas relações, na categoria de instituições, também acertado incluir no gênero o processo. Éste é, portanto, e em resumo, uma *instituição submetida ao regime da lei, a qual regula a condição das pessoas, a situação das coisas, e o ordenamento dos atos que tendem à obtenção dos fins da jurisdição*”. COUTURE, op. cit. p. 102-103. Sem negrito no original.

¹⁵⁶⁶ A data de vigência das Ordenações Afonsinas não é pacífica. É certo que o trabalho de sua redação, iniciado no reinado de Dom João I teve continuidade no de Dom Afonso V, e foi concluído por Rui

último rei, bem como as Filipinas, representaram uma reforma do direito das ordenações Afonsinas, fato que fica claro pelo detalhe de que as três ordenações (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas) contaram, todas elas, com cinco livros e trataram as mesmas matérias nos mesmos e respectivos livros das anteriores. E quanto ao processo civil isso fica ainda mais claro posto que, em essência, pouquíssima coisa restou alterada de uma ordenação para outra.¹⁵⁶⁷

Assim, os livros de nº 01 tratavam de temas referentes à organização judiciária; os livros nº 02 envolviam o direito canônico, as pessoas e os bens da igreja, a jurisdição e o privilégio dos donatários; os livros de nº 03 dispunham sobre o processo civil; os de nº 04 sobre direito comercial e contratos; e, finalmente, os de nº 05 sobre direito e processo penal.¹⁵⁶⁸ Por questão de ordem metodológica é preciso que se frise que outras compilações também chegaram a existir como, por exemplo, as do rei D. Sebastião e D. Duarte, mas não chegaram a vigorar no Brasil e por isso extrapolam o objeto de nossa abordagem.

As Ordenações Afonsinas, segundo o professor catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra, Mário Júlio de Almeida Costa, tiveram como ponto de partida os pedidos feitos na Corte para que se elaborasse uma coletânea de todo o direito então vigente, a fim de se pôr fim a grande incerteza jurídica que havia em face da, não menos complexa, dispersão de normas jurídicas que muito prejudicava a administração da justiça. O trabalho de sua redação,¹⁵⁶⁹ que se iniciou no reinado de Dom João I e se findou no de

Fernandes em 28 de julho de 1446. Depois foi submetido a uma comissão de juristas cujo tempo de revisão não se sabe ao certo qual foi, assim como também não se sabe a data exata de sua vigência. Este professor português aponta o ano de 1447, como termo inicial da vigência, que não ocorreu, todavia, de forma imediata e generalizada posto que suas cópias eram manuscritas e, por isso, demandou um certo e impreciso tempo até que passasse a ser aplicada em todas as províncias portuguesas. Elas constituem uma síntese do processo consolidador da autonomia do direito português e as ordenações Manuelinas e Filipinas pouco mais fizeram do que atualizar as ordenações Afonsinas. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de; em prefácio da edição da Fundação Calouste Gulbenkian (Livro I), 2. ed. 1998, p. 5-9. Fazendo referência às Afonsinas CRUZ E TUCCI, José Rogério e AZEVEDO, Luiz Carlos de, ratificam o ano de 1446, como o de seu advento. Neste sentido, vide *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: RT, 1996, p. 12.

¹⁵⁶⁷ Neste exato sentido encontramos a opinião muito bem fundamentada de Nuno Espinosa: “*Têm as Ordenações Afonsinas lugar primacial na evolução do Direito português; efectivamente, as posteriores Manuelinas e Filipinas - e estas últimas estarão vigentes até ao Código Civil - conservam o plano sistemático das Ordenações Afonsinas e, mesmo quanto ao conteúdo, têm nelas fundamento*”. GOMES da SILVA, Nuno J. Espinosa. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2000, p. 274.

¹⁵⁶⁸ SEGURADO, Milton Duarte. *Pequena história do direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Mizuno, p. 29-30.

¹⁵⁶⁹ Referência às Afonsinas.

Dom Afonso V, foi concluído por Rui Fernandes em 28 de julho de 1446. Depois, foi submetido a uma comissão de juristas cujo tempo de revisão não se sabe ao certo qual foi, assim como também não se sabe a data exata de sua vigência. Este professor português aponta o ano de 1447, como termo inicial da vigência, que não ocorreu, todavia, de forma imediata e generalizada posto que suas cópias eram manuscritas e por isso demandou um certo e impreciso tempo até que passasse a ser aplicada em todas as províncias portuguesas. Elas constituem uma síntese do processo consolidador da autonomia do direito português e as ordenações Manuelinas e Filipinas pouco mais fizeram do que atualizá-las.¹⁵⁷⁰ As Afonsinas constituem, sem qualquer dúvida, a fonte mais remota do direito processual civil brasileiro, embora as Filipinas tenham aqui vigorado por muito mais tempo e logrado maior influência.

Para promover a reforma nas ordenações Afonsinas o rei encarregou o chanceler-mor Rui Botto que foi assessorado por dois eminentes juristas da época: Rui da Grã e João Cotrim. A grande obra teria ficado pronta pelos anos de 1512 e 1514, mas sua vigência somente viria mesmo no ano em que o rei Dom Manuel I veio a falecer: 1521.¹⁵⁷¹ As ordenações Manuelinas foram o primeiro código impresso de toda Europa e realmente consistiram numa reforma das Afonsinas, aproximadamente, setenta e cinco anos depois de sua vigência. Como não se pode precisar ao certo o ano em que as ordenações Afonsinas entraram em vigor, também não se pode determinar quanto tempo elas vigoraram, o fato é que foram revogadas pelo rei D. Manuel que incumbiu o jurista Rui Botto de tal tarefa. As manuelinas não passaram de uma segunda edição das Afonsinas mantendo-se a mesma forma e o mesmo espírito, sendo, ao final, revogadas pelas Filipinas.¹⁵⁷²

¹⁵⁷⁰ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de; em prefácio da edição da Fundação Calouste Gulbenkian (Livro I), 2ª edição, 1998, p. 5-9. Fazendo referência às Afonsinas José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo ratificam o ano de 1446, como o de seu advento. Neste sentido vide *Lições de História do Processo Civil Romano*, RT, 1996, p. 12. O papel atualizador das ordenações seguintes restará provado amiúde mais adiante nos capítulos referentes às Manuelinas e Filipinas, onde será traçado um estudo comparativo das três ordenações.

¹⁵⁷¹ Neste exato sentido e acrescentando ainda que há algumas divergências doutrinárias quanto à autoria da obra, veja-se ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de, em apresentação de Ordenações Manuelinas. Livro I. Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984, p. 5-6.

¹⁵⁷² No sentido de que as ordenações Manuelinas não passaram de uma segunda edição das Afonsinas, veja-se SEGURADO. *O Direito no Brasil*, p. 60. Maiores esclarecimentos sobre a impressão das Manuelinas podem ser encontrados em GOMES da SILVA, Nuno J. Espinosa, op. cit. p. 290-296.

As Ordenações Filipinas vigoraram no Brasil, em matéria penal, até o ano de 1830 quando foram revogadas pelo Código Criminal do Império, e em matéria civil (no sentido abrangente para representar todo direito não penal) até o ano de 1917, quando o código civil de 1916 entrou em vigor,¹⁵⁷³ considerando o disposto em seu artigo 1807, que prescreveu: *Ficam revogadas as Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes às matérias de direito civil reguladas neste Código*. Mas quanto ao processo civil vigoraram até a promulgação dos códigos estaduais de processo civil, eis que nem a Consolidação das leis processuais civis do Conselheiro Ribas nem o Regulamento 737, as afastaram de todo.

Disso se conclui que o processo civil brasileiro possui suas origens mais remotas no direito processual português Afonsino, mas apesar disso foram as ordenações Filipinas que vigoraram por muito mais tempo em nosso país (mais de três séculos).¹⁵⁷⁴ As Ordenações Filipinas datam de 11 de janeiro do ano de 1603. Felipe II, rei de Espanha, também era monarca de Portugal (Felipe I) e estendeu a este Estado, e, por consequência, às suas colônias, a vigência da codificação que imprimia a marca de seu nome.¹⁵⁷⁵ Nesta época, o Brasil havia sido elevado à categoria de reino unido, de maneira que, a partir de então, as relações processuais que por aqui tramitavam passaram a ser regulamentadas por aquelas ordenações.

Na era napoleônica, enquanto a Europa passava a assimilar os preceitos do Código Napoleão, afastando-se do Direito Comum, Espanha e Portugal mantinham-se avessos a esta influência. Fenômeno semelhante ocorreu com o Brasil, consequentemente, pois aqui o paradigma continuou a ser o do Direito Comum (com forte componente feudal),¹⁵⁷⁶ até mesmo após a nossa independência de Portugal, que a esta altura já havia revogado o Código

¹⁵⁷³ Milton Duarte Segurado afirma que estas ordenações vigoraram até o ano de 1916, mas assiste razão a Cretella Júnior que fixa a data final de sua vigência para o ano de 1917. Vide as duas obras dos autores acima citados, respectivamente, nas páginas 35 (Segurado) e 01 (Cretella).

¹⁵⁷⁴ Waldemar Mariz de Oliveira Júnior é incisivo a esse respeito: “Devemos observar que foram, realmente, as Ordenações Filipinas a fonte primeira de nosso processo civil, exercendo decisiva influência no direito do Brasil colonial. As anteriores Ordenações, embora tenham, também, vigido no Brasil, não se refletiram de maneira direta em nossa legislação, sendo certo afirmar que seus reflexos aqui se fizeram sentir, quando muito, indiretamente, através do Código Filipino...”. OLIVEIRA JÚNIOR, op. cit. p. 50.

¹⁵⁷⁵ Mas não se perca de vista que a Espanha também criou um direito específico para vigorar na América espanhola e que recebeu a denominação de *Derecho de las Índias*.

¹⁵⁷⁶ SALDANHA chega a fazer referência à classificação de Antonil e Faoro, tendo este último relacionando um estamento burocrático vinculado à Metrópole e as seguintes classes: a proprietária, a lucrativa e a social. mas Saldanha nos oferece uma noção extremamente lúcida sobre o real alcance e significado do *feudalismo* que existiu, vejamos: “*Dúvida paralela, agora voltando-se ao momento mais recuado do problema, está em saber-se se houve mesmo “feudalismo” no Brasil dos séculos XVI e XVII. Se a*

Filipino. Waldemar Ferreira foi um dos que registraram o notável tempo de vigência das Ordenações Filipinas no Brasil, no que se refere ao processo civil, elas vigoraram por mais de três séculos. Assim, verifica-se que até mesmo com a vigência do Código Criminal do Império Brasileiro, que também continha normas processuais provisórias sobre a justiça civil, bem como quando o Regulamento 737 passou a vigor no Brasil em 1850, ainda assim, na essência, o modelo processual adotado continuou a ser aquele norteador pelas Ordenações Filipinas, ou seja, os preceitos romano-canônicos mantiveram-se como padrão.¹⁵⁷⁷

Os ventos liberais que por aqui sopraram não foram fortes o suficiente para alterar esta situação. Mesmo assim, o racionalismo aportou no Brasil no século XVIII, – embora timidamente – proporcionando uma reforma na magistratura impingida pela lei da Boa Razão de 1769, durante a Administração do Marquês de Pombal.¹⁵⁷⁸ Sob a inspiração do iluminismo europeu tentou-se afastar velhas práticas processuais, instituindo-se a Mediação do Regedor que atuava em grau de recurso na interpretação das leis, pondo-se a razão como fonte a ser aplicada nas triagens das regras de direito romano aplicáveis em casos de lacunas do ordenamento.¹⁵⁷⁹

Mesmo depois da vigência do Código Criminal do Império e do Regulamento 737, inúmeros procedimentos cíveis passaram a ser regulamentados por leis processuais esparsas, até que o governo brasileiro de 1876, resolveu incorporá-los numa única norma. Surge então, sob a forma de resolução administrativa, mas com força de lei, a Consolidação das Leis do Processo Civil do Conselheiro Ribas. Observe-se, entretanto, que, malgrado a existência desta “Consolidação”, o processo civil brasileiro continuou a ser regido por

implantação das donatárias e a instituição das sesmarias significou regime feudal realmente, ou se a semelhança do repartir terras e do dominar gentes com os correspondentes fenômenos no medievo europeu é insuficiente para justificar um termo que conota todo um conjunto de implicações específicas. Parece realmente lícito falar em sistema feudal, no tocante a componentes sociológicos como o sentimento de rigidez hierárquica nas distâncias sociais, ou a aversão ao trabalho (...); no tocante, porém, aos ingredientes históricos e ao sentido global da experiência (incluindo a comparação das estruturas mentais respectivas), parece necessitado de cuidadosas restrições o falar em feudalismo para o caso.” Mas no prefácio da edição de 2001, o autor admite que apesar de o Brasil não ter passado pela Idade Média viveu o feudalismo: “Não tivemos “Idade Média” (como no geral a América Latina), embora tendo tido um feudalismo que ainda hoje em parte sobrevive. Não tivemos a experiência específica da aldeia (apesar da dispersão do povoamento e dos “povoados” perdidos nos largos espaços): a aldeia que na Ásia e na Europa preparou nacionalidades e “caracteres nacionais”. Temos entretanto, ainda, o latifúndio, cuja persistência coexiste com a destruição das matas e dos índios”. Ver SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. Senado Federal, 2001, p. 50-4 e 357, respectivamente.

¹⁵⁷⁷ FERREIRA, Waldemar, ap. FUX, Luiz em Tutela de Segurança e Tutela da Evidência (Fundamentos da Tutela Antecipada) Ed. Saraiva, p. 180. E também: *Curso de direito processual civil*. Forense, 2001, p. 29-37.

¹⁵⁷⁸ Sobre as repercussões da lei da boa razão no direito português veja-se GOMES DA SILVA, Nuno Espinosa. *História do direito português*, p. 392-97.

¹⁵⁷⁹ SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*, p. 58-9. No mesmo sentido vide SEGURADO, Milton Duarte. *O direito no Brasil*, p. 73-4.

várias legislações. As causas de jurisdição voluntária e os procedimentos especiais não previstos no Regulamento 737 continuavam a ser regidos pelas Ordenações Filipinas e somente sobre matérias em que fossem elas omissas, aplicava-se então a Consolidação das Leis Processuais Civis.¹⁵⁸⁰

Em seguida, a regulamentação do processo civil foi atribuída a cada Estado da Federação brasileira. Já no século XX, alguns códigos estaduais de processo civil hauriram inspiração no diploma processual austríaco e no alemão, verificando-se, portanto, que o procedimentalismo francês não logrou repercussão no Brasil: saímos, assim, do processo das ordenações diretamente para a influência do cientificismo alemão, ultrapassando-se uma etapa da evolução histórica do processo. Enquanto que na Europa o procedimentalismo impingira a adoção de importantes princípios processuais visando à agilização da solução do conflito – como vimos acima –, no Brasil o processo civil das ordenações era marcado por um formalismo e por uma morosidade excessiva, de difícil compreensão e carente de sistematização científica, características típicas do processo comum medieval europeu, mesmo que a despeito de as Ordenações Filipinas terem previsto: o procedimento sumário para algumas causas; e o *especial* para outras, como despejo, possessórias, execução fiscal, etc.¹⁵⁸¹

Somente no ano de 1939 é que o processo civil do Brasil passou a ser regido por um código federal, inspirado na excelente concepção austríaca, a exemplo do que fizeram outros países, tais como: a Hungria, em 1911, Portugal, em 1939, a Bulgária, em 1922, a Noruega, em 1915, a Suécia, em 1942, a Itália, em 1940.¹⁵⁸² Dessa vez, estávamos, finalmente, atualizados com o movimento de ponta do melhor cientificismo do processo civil. Infelizmente o nosso código de processo civil de 1973 está historicamente superado, no que tange à concepção da ação, na medida em que, tendo adotado a teoria eclética de Liebman (artigo 267, VI) continuou a pôr a ação no núcleo da ciência processual. Como esclarecemos no item 09 do capítulo 07, isso se explica em virtude de os italianos terem

¹⁵⁸⁰ RIBAS, Antônio Joaquim. *Consolidação das disposições legislativas e regulamentares concernentes ao processo civil*. Rio de Janeiro: Typografia Nacional, 1878.

¹⁵⁸¹ OLIVEIRA JÚNIOR, op. cit. p. 45. Segundo este autor: “O processo português que perdurou entre nós por longo tempo, mesmo depois que Portugal dêle tinha se libertado, era um misto de processo romano-canônico e das opiniões dos glosadores”. Cf. p. 50 da mesma obra.

¹⁵⁸² OLIVEIRA JÚNIOR, op. cit. p. 48.

mantido a ação como conceito central do sistema processual, apesar de os alemães a terem expurgado desse núcleo e de terem vertido-se para a questão do *direito de demandar* (*Klagerecht*), acentuando a atenção ao problema do ‘método’ processual (*Streitgegenstand*). Assim, e como o nosso CPC foi concebido sob a inspiração da Escola de São Paulo, inicialmente regida por Liebman (italiano), a ação permaneceu com todo destaque de uma era já pretérita, pode-se dizer mesmo, com empréstimo da percepção de Cândido Rangel Dinamarco, que: “... a idéia da lesão, que ainda se vê na Constituição brasileira e no próprio Código de Processo Civil, é inerente à teoria civilista da ação e incompatível com as posturas metodológicas contemporâneas”.¹⁵⁸³

Esta é a nossa situação atual, que, entretanto, está a sofrer profundas alterações com reformas tópicas visando à adaptação da nossa lei processual às vicissitudes de rapidez e de efetividade. A mais recente delas, a impressa pela Lei nº 10.444/02 alterou a própria sistemática pensada por Liebman, especificamente no tocante ao processo de execução. Atualmente não mais se requer **ação** executiva autônoma para se efetivar sentenças cujo provimento determina obrigação de fazer ou de entrega de coisa, em razão das alterações impressas nos artigos 461-A, 621 e 644, todos do CPC.

8. Da ciência processual ao advento do ‘direito jurisdicional’.

Volvendo à evolução do processo civil europeu, constata-se que a concepção cientificista alemã logo chegou à Itália e Mortara assumiu a dianteira dos autores que enveredaram pelo cientificismo processual, no que foi seguido por Chiovenda. De então, também na Itália, a ação e o processo passaram a ser o ‘centro’ de todo o sistema processual e de interesse da doutrina. Como vimos no item 02 do capítulo 07, apesar de a perspectiva privatista de Savigny ter sido superada com aquele famoso debate entre Windscheid e Muther acerca da ação romana e que redundou na clara diferenciação entre ação e direito, apesar disso, e também do fato de todas as teorias vistas naquele capítulo 07

¹⁵⁸³ DINAMARCO. *A instrumentalidade do processo*, p. 46.

terem outorgado autonomia à ação, o sistema processual ainda era concebido sob o prisma *liberal-privatista-individualista*, pois a jurisdição e os jurisdicionados não integravam o epicentro gnoseológico do sistema processual.¹⁵⁸⁴ Talvez a maior contribuição de Savigny para a idéia de direito tenha sido o estabelecimento da necessidade de uma ordem positiva como pressuposto fundamental, na qual o direito é visto como é concebido fruto do espírito do povo, incluindo a linguagem e os usos sociais.¹⁵⁸⁵

Assim como a Itália, também a Espanha e Portugal seguiram a orientação germânica suprimindo da ação e do processo o mérito e a autoridade dantes concedida. Cappelletti, por exemplo, chega mesmo a propor uma reformulação do sistema processual a fim de que a sua existência justifique-se e volte-se para a perspectiva do jurisdicionado (consumidor jurisdicional, como prefere). Como o seu enfoque centre-se no acesso à justiça, o realce de sua teoria requer um *proceso civil solidário*, ou seja, há de prevalecer o publicismo em detrimento do superado privatismo.¹⁵⁸⁶

Resumidamente, pode-se afirmar que os principais aspectos enumerados pela doutrina como caracterizadores do processo do século XX, foram os seguintes:

¹⁵⁸⁴ Comentando a fase privatista do direito processual, Juan Montero Aroca ressaltava a exclusão da jurisdição e dos jurisdicionados, nos seguintes termos: “*Ese derecho procesal constaba de tres partes: la teoría de la acción, la teoría de los presupuestos del proceso y la teoría del procedimiento, con lo que la jurisdicción y los titulares de la misma sólo merecían atención en tanto que presupuesto del proceso, pero non en sí mismos considerados*”. MONTERO AROCA, op. cit. p. 28.

¹⁵⁸⁵ ADEODATO, op. cit. p. 20-1.

¹⁵⁸⁶ A instrumentalidade e a publicização processuais encontram em Cappelletti o seguinte contorno: 01-sobre a instrumentalidade: “... *el derecho procesal es un derecho instrumental; un instrumento que debe adecuarse a la particular naturaleza del objeto (el derecho sustancial) respecto del cual debe operar*”; 02-sobre a publicização: “*Significa que el proceso civil, aun siendo un instrumento dirigido a la tutela de derechos (normalmente) privados, representa, sin embargo, al mismo tiempo una función pública del Estado. Tratándose de una función pública - al igual que las funciones legislativas e administrativas - hay que considerar que el Estado mismo, y no solamente las partes privadas, está interesado en un ordenado, rápido, orgánico, imparcial ejercicio de aquella función; que está interesado, en suma, en realizar e imponer el mejor posible entre los modos de llevar a cabo aquella función. La consecuencia práctica más evidente de esta idea es la siguiente: que las partes privadas, aun siendo libres de disponer de los derechos sustanciales deducidos en juicio, o sea del objeto del proceso, no son libres, sin embargo, (o, por lo menos, no son completamente libres) de disponer a su gusto también del proceso mismo, o sea del instrumento procesal. En otras palabras, las mismas no son libres de determinar a su gusto el modo como el proceso debe desenvolverse*”. CAPPELLETTI, Mauro. *El proceso civil en el derecho comparado. Las grandes tendencias evolutivas*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1973, p. 44-5.

8.1- Quanto ao método.

Verificou-se a substituição da exegese procedimentalista pela noção de *sistema* processual, a mudança acarretou uma nova concepção do direito processual. Antes, o sistema processual nada mais era que um mero apêndice das formas legais, tal como concebiam os procedimentalistas. Depois, os processualistas inverteram a ordem das coisas, pois a ‘lei’ passou a ser considerada como sendo um dos componentes do sistema processual. O sistema, portanto, representa o *método* utilizado para a compreensão do fenômeno processual. Não é fato de uma obra sobre o processo positivo de determinado país ser elaborada sob a forma de comentários que distingue e denuncia determinado método. Ao contrário, é possível que haja comentários meramente explicativos do procedimento, bem como também é possível que os comentários não renunciem a construções hermenêuticas divergentes do próprio texto legal;¹⁵⁸⁷

8.2. Quanto à teoria.

O advento da ciência processual alemã rompeu com o estigma de que o processualista não devia transcender à forma estabelecida pela lei. Como apropriadamente ressaltou Aroca, citando Alacalá-Zamora, os procedimentalistas estudavam a anatomia do fenômeno processual ao passo que os processualistas faziam fisiologia processual.¹⁵⁸⁸ Esta talvez seja a forma mais esclarecedora da distinção entre procedimentalistas e processualistas: a profundidade dos estudos sobre o direito processual.

¹⁵⁸⁷ Sobre isto, e citando os exemplos da Itália e da Espanha, Aroca esclarece essa distinção da seguinte maneira: “*Ejemplos paradigmáticos de ello se encuentran en los inicios en el Comentario de Mortara, sobre todo en el volumen primero, y ya más tardíamente en los Comentarios de Guasp. Cualquiera que esté atento a lo que lee descubrirá que el primero es un producto intelectual distinto de los viejos comentaristas de Codice de 1865 (Itália) y que el segundo guarda una gran diferencia con los comentarios de Manresa a la misma Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (Espanha)*”. MOTERO AROCA, op. cit. p. 30.

¹⁵⁸⁸ Ibidem.

8.3. O processo no âmbito do sistema.

No século XX o processo logrou situação de cerne e núcleo do sistema, ao lado de outras categorias como a ação e os pressupostos processuais.¹⁵⁸⁹ Mas o mesmo século assistiu ao deslocamento do processo para um lugar mais adequado na ciência e no próprio sistema. De centro foi deslocado para a base que reconhecidamente outorga unidade ao próprio sistema, contudo, com função de facilitar o acesso dos jurisdicionados à justiça, instrumentalizando, pois, direitos;

8.4. A jurisdição no núcleo sistemático: o *direito jurisdiccional*.

Como adiantamos no item 16 do capítulo 06, a mudança de intensidade e de importância, denotada pela importância mesma outorgada ao estudo e ao interesse pela jurisdição, fez surgir na doutrina do século XX opiniões no sentido da adoção da denominação da expressão *direito jurisdiccional* em detrimento de *direito processual*. Não se trata simplesmente de uma mera alteração da nomenclatura, com tal variação

¹⁵⁸⁹ De se esclarecer que se atualmente o estudo da jurisdição adquiriu relevo em relação ao processo e à ação, houve um momento (finais do século XIX) que alemães e italianos distanciaram-se da jurisdição, enquanto objeto de estudo científico. Para tanto contribuiu Chiovenda, para quem o processo foi concebido o ‘centro’ do sistema processual. Até mesmo os manuais alemães desse período deixaram de considerar a jurisdição como matéria a ser estudada. Sobre a influência de Chiovenda, Aroca exalta os seguintes componentes de sua teoria: “1.º) Científico: *En su obra fundamental se advierte que el proceso es el concepto básico, en torno al que gira todo el sistema (...) El Derecho procesal constaba así de tres partes: la teoría de la acción, la teoría de los presupuestos del proceso, y la teoría del procedimiento.* 2.º) Político: *Lo más importante, con todo, es que la jurisdicción en sí misma considerada y las garantías externas de la función jurisdiccional y, entre ellas principalmente la independencia, no pertenecen al estudio del proceso ni del Derecho procesal, de modo que el centrarse en el proceso supuso abandonar el estudio de todos los problemas inherentes al Poder Judicial*”. Na América Latina também Couture desprezou a jurisdição de seu campo de estudo, pois se deixou para o direito administrativo a tal problemática, incluindo a questão sobre o estatuto jurídico dos juízes que eram considerados como funcionários públicos: “... *por lo que Couture, en la primera edición de sus Fundamentos ni siquiera se refería a la jurisdicción*”. Ibidem, p. 35-6.

terminológica pretende a doutrina européia conceber: uma nova forma de relacionamento entre os poderes do Estado; e uma nova maneira de exercício dos direitos dos cidadãos em face de uma dessas funções de poder: a jurisdicional.¹⁵⁹⁰

Este novo direito jurisdicional baseia-se nos seguintes princípios:

8.4.1. Princípios do direito jurisdicional 01: da independência do poder judiciário.

Consiste na necessidade do reconhecimento de uma verdadeira independência do Poder Judiciário, sobretudo no que diz respeito ao aspecto político-administrativo-financeiro. O exercício verdadeiramente independente da jurisdição requer autonomia não apenas financeira e orçamentária. Por incrível que pareça, quanto a esta questão, o Brasil está, evolutivamente falando, à frente de países como a Espanha, no qual a administração do Poder Judiciário é confiada a Conselho. No Brasil, ao contrário, o artigo 2º da Constituição Federal adota como princípio fundamental da República Federativa, que: *São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*. Este princípio detém natureza normativa, pois não se trata de simples paradigma orientador das atividades essenciais do Estado brasileiro. É a partir dele que o sistema de freios e contrapesos do exercício do poder desenvolve-se em todas as demais instâncias. A Constituição prevê que o livre exercício de qualquer dos poderes das unidades da Federação consiste numa garantia cuja inobservância pode acarretar a intervenção da União (artigo 34, IV). O Poder Judiciário, portanto, é resguardado de garantias suficientemente capazes de lhe proporcionar o exercício da função jurisdicional de maneira plena e independente, soberana, pode-se dizer. Politicamente falando, a instituição do Judiciário é imolada, pois temos uma garantia inalterável no sistema de direito constitucional positivo, considerando que o artigo 60, no § 4º, inciso III, veda que, sequer, se delibere acerca de proposta de emenda tendente à abolição da separação dos poderes. Todas as autoridades

¹⁵⁹⁰ MOTERO AROCA, op. cit. p. 36.

constituídas estão obrigadas a respeitar a autonomia do Judiciário, inclusive o Presidente da República, de modo que o artigo 85, inciso II, da Constituição considera crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra o livre exercício do Poder Judiciário.

A autonomia financeira encontra-se garantida pelo artigo 99 da Constituição Federal, devendo a proposta orçamentária ser elaborada conjuntamente com os demais poderes na lei de diretrizes orçamentárias. Aliás, os vencimentos (subsídios)¹⁵⁹¹ dos ministros do Supremo Tribunal Federal representam o teto do funcionalismo nacional (artigo 37, XI). Neste particular também impera o princípio da publicidade, tal como prescrito pelo artigo 39 § 6º. Em relação à autonomia administrativa, o artigo 37 da Carta Magna determina que o Judiciário, juntamente com os demais poderes, seja administrado com a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. A eficiência da administração do Judiciário é aferível através de mecanismo de controle externo (artigo 71, IV) e interno (artigo 74).

8.4.2. Princípios do direito jurisdicional 02: da garantia ao acesso efetivo à jurisdição.

Quanto às garantias processuais dos cidadãos, o ordenamento constitucional brasileiro avançou tremendamente em comparação com algumas Constituições da Europa. O artigo 5º da Constituição Federal arrolou dezenas de garantias processuais abrangendo as áreas cível, penal e administrativa. Desde a referente ao direito de petição, proporcionando: o exercício da defesa de direitos; a salvaguarda contra ilegalidades; e a proteção contra abuso de poder, mesmo que cometido nos meandros da legalidade, tudo isto independentemente do pagamento de taxas, desde isto, passando pela garantia do processo civil inibitório, estipulando que nem mesmo a lei pode excluir da apreciação do judiciário

¹⁵⁹¹ Na verdade apenas dois Estados da Federação remuneram seus juízes pelo sistema dos subsídios: Pernambuco e Ceará. Aliás, diga-se de passagem, a instituição do sistema de subsídios depende de lei federal de iniciativa dos representantes dos três poderes da República.

lesões ou ameaças a direito (XXXV), até o asseguramento do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (XXXVI), sem falar da importantíssima vedação aos juízos e tribunais de exceção (XXXVII), bem como o reconhecimento da instituição do júri (XXXVIII), além de dezenas de outras garantias processuais, com destaque para o devido processo legal, a Constituição brasileira criou um verdadeiro sistema de direito jurisdicional.

O advento de um direito jurisdicional sobreposto ao processual está a requerer uma instrumentalização expedita e a superação de discussões processuais estereis, onde o fim excede e subjuga o meio. Tomando o exemplo de Aroca, é necessário deixar para trás debates ultrapassados como aquele sobre a natureza jurídica da ação: se é concreta ou abstrata. É preciso considerar a não existência de súditos subordinados ao Estado, mas de cidadãos livres e dotados de poder suficiente para fazer com que o Estado respeite e efetive os seus direitos. Noutras palavras, o direito jurisdicional põe o Estado a serviço dos cidadãos.¹⁵⁹² Estes, no Brasil, gozam, ao menos o diz o texto constitucional, da prerrogativa da dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro (artigo 1º, III da Constituição Federal), o que representa mais um fator a sustentar a nossa proposta no sentido de que já possuímos uma estrutura dogmática constitucional sedimentada na jurisdição, num direito jurisdicional, portanto.

Esta ambiência jurisdicional reclama, porém, além da alteração na mentalidade dos juristas e dos aplicadores do direito, para mais do que acima foi escrito, que o processo deixe de ser o centro do sistema jurisdicional, bem como que não mais seja considerado como um fim em si mesmo, mas como um ‘*meio*’ de efetivação de direitos.¹⁵⁹³ Que a

¹⁵⁹² Sobre a mutação em curso no direito processual Aroca encontra subsídios inclusive em autores passados: “Este paso está implícito ya en algunos autores de uno y outro lado del Océano. Cuando Calamandrei emprendió el estudio del Derecho procesal desde el punto de vista del Estado que administra justicia, desde la potestad o función jurisdiccional, o cuando Allorio preveía que la teoría del mañana buscaría apoyo en los conceptos de potestad jurisdiccional o jurisdicción, o cuando Alsina inició su exposición por la función jurisdiccional del Estado y dijo que el Derecho procesal comprende la organización del Poder Judicial, la competencia y la actuación del juez e de las partes en el proceso, en todos estos casos, y en muchos otros que podrían citarse, estaba implícito el paso que pretende darse cuando si quiere que la denominación de la ciencia y de la materia universitaria sea de **Derecho jurisdiccional**”. MOTERO AROCA, op. cit. p. 37-8. Sem negrito no original. No mesmo sentido veja-se DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 77-80.

¹⁵⁹³ Eis como Aroca resume o fenômeno da jurisdicionalização do direito processual: “La concepción que se deriva de estos postulados es la que está en la base del cambio de denominación y, como es manifestó

jurisdição estabeleça-se como conceito subordinante no sistema processual-jurisdicional, e que a ação e o processo quedem-se como conceitos subordinados, tal qual propugnamos no item 16 do capítulo 06. Neste contexto: o princípio da instrumentalidade das formas assume papel de extrema relevância no âmbito intrínseco da relação jurídica processual, não havendo mais como se admitir a decretação de qualquer nulidade processual – mesmo que a despeito da prática de atos processuais em desconformidade com o apregoado no texto legal¹⁵⁹⁴ - sem a respectiva demonstração de prejuízo aos interessados prejudicados com a decisão judicial; e a instrumentalidade do processo – extrínseca à relação jurídica processual – acentua a exigência da adoção da jurisdicionalização do direito processual, assumindo relevante papel na consideração juspublicista e socializante de garantia do acesso à jurisdição, da justiça das decisões judiciais, e de sua inalienável efetividade.¹⁵⁹⁵ A instrumentalidade do processo, como anotamos no item 14 do capítulo 06, detém dupla eficácia: de um lado, integra-se à jurisdição e localizando-se frente ao Estado permitindo sua autação nos pretórios, ou seja, serve como irradiação de efeitos impositivos do dever de prestação da tutela jurisdicional pelo Estado; de outro, constitui-se no elo entre a jurisdição e o cidadão que postula a tutela e que é o seu titular.

O processo, pois, evoluiu da seguinte maneira: 01- da idéia romana das ações para o praxismo forense das ordenações da Idade Média; 02- do praxismo medieval para o procedimentalismo francês do século XVIII; 03- do procedimentalismo para a concepção alemã do século XIX da relação jurídica processual, enfatizando-se a ação e o processo; 04- no século XX, chegou-se à era da publicização processual, a qual exaltou a jurisdição e os jurisdicionados; 05- agora, no século XXI estamos ingressando numa nova era do direito processual: o fenômeno da telematização e cibernetização processual. Quanto à denominação da disciplina a evolução percorreu o seguinte itinerário: 01- prática forense; 02- procedimentos judiciais; 03- direito processual; 04- direito jurisdicional.¹⁵⁹⁶ No Brasil, frise-se, passamos da primeira direto para a terceira etapa.

se trata, en resumen, de: 1) Concebir al poder judicial como un verdadero poder en el Estado, y 2) Asumir que no existen súbditos, sino ciudadanos que tienen derechos a ese poder judicial". MOTERO AROCA, op. cit. p. 38.

¹⁵⁹⁴ Ver item 03 do capítulo 13.

¹⁵⁹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit. p. 297 e seguintes.

¹⁵⁹⁶ MOTERO AROCA, op. cit. p. 36.

O que se conclui de tudo isso é que a evolução da teoria do processo (partindo da era da prática forense até a da jurisdicionalização) não resolveu o problema crescente da inflação processual. Na Alemanha, por exemplo, tramitaram no ano de 1980 um milhão e trezentos mil processos, mas já em 1993 passou-se para dois milhões e cem mil. A França passa por problema semelhante, pois nos últimos vinte anos o número de processos em tramitação triplicou. Na Espanha o acúmulo anual chega a dez por cada cem, de modo que em 1996 os processo civis atingiram o quantitativo de setecentos e setenta mil e setecentos e vinte e sete, quando em 1975 não ultrapassavam duzentos mil, aproximadamente. É certo que um dos motivos determinantes desse acúmulo deriva do acesso ao processo civil de uma considerável camada da população de baixa renda: o fenômeno do processo civil de massas, como um consectário do estímulo ao acesso. Isso também ocasionou um desvio da preocupação dos órgãos gestores do poder judiciário: antes a preocupação recaía sobre a qualidade das sentenças; hoje ela cinge-se ao número de demandas solucionadas por cada juiz.¹⁵⁹⁷

Vê-se, portanto, que não basta alterar critérios teóricos para solucionar o grave problema do acesso à justiça, a justiça civil em particular. É preciso adotar-se procedimentos jurisdicionais tecnológicos visando o fomento da efetividade processual. E neste particular o advento do processo telemático demonstra-se mais como uma necessidade de que como uma simples opção. Passemos, enfim, ao estudo do fenômeno da virtualização do direito processual-jurisdicional.

¹⁵⁹⁷ MOTERO AROCA, op. cit. p. 59. Aliás, e bem a propósito, este assunto foi objeto de matéria veiculada no *Jornal do Commercio*, de 25 de maio de 2003, página 11, caderno Brasil. Aqui, encontramos um dado deveras relevante: o Brasil possui um juiz para cada quatorze mil pessoas. Segundo o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, a média mundial é de um juiz para cada sete mil pessoas. Entretanto, a Alemanha, por exemplo, possui um magistrado para cada três mil e quinhentas pessoas. Temos uma população de 176,5 milhões de habitantes e 12,5 mil juízes.

CAPÍTULO 19

O PROCESSO TELEMÁTICO: O FUNDAMENTO DE NOVA TEORIA GERAL DO PROCESSO.

1. Situando a instituição do processo no âmbito da teoria geral juscibernética do direito processual.

Como adiantado na introdução e no item 16 do capítulo 17, o núcleo desta tese consiste numa proposta de uma nova teoria geral juscibernética do processo, consubstanciada no advento do processo virtual. Mas não apenas nisso. Concebemos o princípio da virtualidade do processo como sendo um *super-princípio*, que, como será demonstrado no decorrer destes dois últimos capítulos, acarreta vários desdobramentos e outros tantos *sub-princípios*. É certo que o *processo-virtual-eletrônico* representa o *fato* justificador e embasador de uma nova TGP porque será com apoio nele que sensíveis e grandes mudanças na atuação da Jurisdição ocorrerão, sobretudo, no plano procedimental. Entretanto, queremos frisar que esta TGP não pode ser compreendida como um retrocesso histórico-evolutivo da teoria do direito processual. Não é o fato de ser fundamentada num novo processo que o ‘processo’ volverá à tona como cerne da ciência processual, ao lado da ação e do procedimento.¹⁵⁹⁸ Ao contrário, nossa visão põe o processo no seu devido lugar

¹⁵⁹⁸ Aliás, Jones Figueirêdo também demonstra essa preocupação: “*De fato, estamos em tempo de adoção do processo virtual, a permitir o manejo adequado do potencial disponível pelas modernas tecnologias da informação (...) A adoção de um processo automatizado de decisão judicial não significa regredir o*

histórico no âmbito do sistema processual, isto é, a cibernética, a informática e a telemática acentuam o seu caráter instrumentalizante e facilitam a sua efetividade, possibilitando, conseqüentemente, uma compactação telemática das formas processuais. Parece conseqüência lógica que se o direito cibernético é, em si mesmo, um direito instrumental por excelência, a tendência natural é a de que os demais ramos da ciência jurídica por ele abrangidos ganhem em instrumentalidade, também. Um novo processo telemático proporcionará, conseqüentemente, uma nova e telematizada jurisdição.¹⁵⁹⁹ Aliás, por conta da informatização e telematização do fenômeno processual, Francesco Buffa adverte quanto à necessidade de uma reengenharia da própria estrutura do processo civil.¹⁶⁰⁰

direito à sua fase exegetica de não interpretação da lei já historicamente rejeitado por excluir a valoração cultural e jurídica necessária a cada caso individual, decorrente de um ato cognitivo de compreensão impossível a um software. Na prática, implica na correta absorção da tecnologia da informação para situações 'standardizadas', onde não são reclamadas outras soluções tópicas, diante de um inexorável e único desate judicial". ALVES, Jones Figueiredo. *As técnicas da informação a serviço da modernização do judiciário*. In: *Direito e informática. Temas polêmicos*. 1. ed. Livro coordenado por REINALDO FILHO, Demócrito. São Paulo: Edipro, p. 61-2.

¹⁵⁹⁹ Tanto que Aires José Rover escreveu: *"A introdução de tecnologia de informação muda a natureza da prática jurisdicional permitindo que o jurista possa se concentrar sobre os problemas do tipo criativo, sobre os valores do Direito, deixando para a máquina as tarefas quotidianas e mecânicas. Dessa forma, a busca da implementação do Direito em computador conduz a um interesse metodológico interdisciplinar em que conteúdo e forma se põem como tese e antítese"*. Sem negrito no original. ROVER, Aires José. *Uso de técnicas computacionais inteligentes no domínio do direito*. In: *Direito e informática. Temas polêmicos*. 1. ed. Livro coordenado por REINALDO FILHO, Demócrito. São Paulo: Edipro, 2002, p. 231.

¹⁶⁰⁰ *"Informatizzare un processo, però, ed in particolare il processo civile, non vuol dire solo distribuire computers e software, né cambiare solo strumenti e supporti (da cartacei ad elettronici) su cui gli atti vengono compiuti. Vuol dire stabilire le connessioni, riorganizzare strutture e procedure, reingegnerizzare i processi in funzione dei nuovi strumenti, formare il personale, disciplinare giuridicamente gli interessi coinvolti dai nuovi sistemi"*. BUFFA, Francesco. *Il processo civile telematico*. Milão: Giuffrè, 2002, p. XVII. Sem negrito no original. Comentando a realidade (virtual) do processo telemático brasileiro, George Marmelstein Lima aponta como características suas: "a) máxima publicidade; b) máxima velocidade; c) máxima comodidade; d) máxima informação (democratização das informações jurídicas); e) diminuição do contato pessoal; f) automação das rotinas e decisões judiciais; g) digitalização dos autos; h) expansão do conceito espacial de jurisdição; i) substituição do foco decisório de questões processuais para técnicos de informática; j) preocupação com a segurança e autenticidade dos dados processuais; k) crescimento dos poderes processuais-cibernéticos do juiz; l) reconhecimento da validade das provas digitais; k) (no original o k está repetido) surgimento de uma nova categoria de excluídos processuais: os desplugados". LIMA, George Marmelstein. *E-processo: uma verdadeira revolução procedimental*. www.georgemlima.hpg.com.br. É crescente o entendimento pela aceitação do processo virtual aqui no Brasil. Ainda quando Desembargadora do TRF da 4ª Região, a hoje Ministra do STF Ellen Gracie Northfleet admitiu: *"O apego ao formato-papel e às formas tradicionais de apresentação das petições e arrazoados não nos deve impedir de vislumbrar as potencialidades de emprego das novas tecnologias"*. NORTHFLEET, Ellen Gracie, ap. ALVES, Jones Figueiredo, op. cit. p. 61.

Nossa intenção é a de construir uma TGP consagrada à facilitação do acesso à justiça – no sentido de Cappelletti –, tendo no processo telemático a sua base instrumental conferindo unidade ao sistema processual – como precisou Aroca – e o surgimento de uma jurisdição tecnológica.¹⁶⁰¹ O processo telemático, portanto, é base. Logra grande importância na efetivação dos direitos, mas não é centro da teoria processual juscibernética.¹⁶⁰² Sendo o direito e o processo fenômenos históricos e contingentes em vários de seus aspectos, porém, constantes noutros, entendemos que a conceituação do processo telemático, ou eletrônico, ou *e-process*, deve guardar respeito às características que remanescem, a despeito da evolução.¹⁶⁰³ Assim, mesmo que os pressupostos do processo virtual telemático sejam, como de fato são, a lógica, a informática e a telemática, ainda assim, ele continuará a constituir uma relação jurídica processual angular – no sentido de Vilanova estudado no item 09 do capítulo 03. Isto é da sua essência, pois no âmbito das normas jurídicas primárias as relações jurídicas perfazem-se de maneira linear, não processual, portanto, ao passo que no das normas secundárias a relação jurídica processual típica será sempre angular. Isto é assim porque sempre haverá a participação superposta de um sujeito não integrante da relação jurídica linear precedente discutida no processo (âmbito da norma primária): o juiz. E em alguns casos haverá, ainda, a participação de outro sujeito processual: o ministério público (âmbito na norma secundária).

Resta também mantida a essência bimembre da norma jurídica. Dessa forma continuarão sendo normas primárias as disciplinadoras do direito material, ainda que o

¹⁶⁰¹ Sobre a localização do processo na seara do sistema processual, Aroca põe-no como: “... *noción inicial, la que da unidad al sistema. Los demás conceptos quedan supeditados al de proceso. La jurisdicción interesa considerada desde el punto de vista del proceso, y por eso se resuelve en un presupuesto procesal, el primero de todos. Hasta la acción se estudia tomando en consideración su valor sistemático para el estudio y manejo de proceso*”. MOTERO AROCA, op. cit. p. 31-2.

¹⁶⁰² Novamente recorrendo a Aroca, verificamos precisamente que esta idéia coaduna-se com a evolução histórico-evolutiva do processo verificada no século XX: “*Algo distinto es el intento de construir una parte general del Derecho procesal que no ha conseguido frutos apreciables, posiblemente por centrarse unicamente en el proceso mismo, como si éste pudiera explicarse por sí sólo sin referència a la potestad que lo utiliza y a los ciudadanos que encuentran en él la garantía de sus derechos. Sobre todo en Hispanoamérica se han publicado varias teorías generales del proceso con escaso adelanto científico*”. Ibidem, p. 31.

¹⁶⁰³ “... **em todo processo de mutação é indispensável a existência de um núcleo que permaneça, sob pena de não se poder sequer identificar os caracteres acidentais. Com efeito, fosse o direito uma série de fatos contingentes em contínua e desordenada sucessão, não haveria possibilidade de erigi-lo em objeto do conhecimento e conceituá-lo; é a identidade da processualidade, característica do ser real**”. ADEODATO, op. cit. p. 22. Sem negrito no original.

fenômeno da cibernetização confira instrumentalidade ao próprio direito material, tal como demonstramos no item 09 do capítulo 17, em relação ao contrato eletrônico. De igual modo continuarão secundárias as normas de direito processual objetivo. A classificação bimembre da norma jurídica em primária e secundária não quer significar graus diferenciados de importância entre normas. Ao contrário, como esclarecemos no capítulo 03, cada uma dessas normas é dependente da outra – salvo no caso da ação declaratória negativa, onde há norma processual com o fim de demonstrar a inexistência da norma primária. A norma primária, por exemplo, perderia a juridicidade na ocorrência de um conflito de interesses, não fosse a existência da norma secundária, que tem por missão solucionar a lide. No sentido inverso, a norma secundária perderia sua razão de ser não fosse a existência da norma primária, exceto, repita-se, no caso da ação declaratória negativa.

As relações processuais tecnológicas manterão a estrutura processual triádica: a norma jurídica tem natureza bimembre, é certo; não é, porém, menos certo que a norma processual tem estrutura distinta, pois que exige a participação de, pelo menos três personagens processuais: autor, juiz e réu. Nestes termos, o princípio da dualidade das partes será uma constante no processo tecnológico.

2. Compenetrando o jurídico com o tecnológico: a compactação processual universalista como opção para a efetividade.

Em Vittorio Frosini constatamos que o problema da *Giuritecnica* pode ser traduzido numa compenetração entre o jurídico e o tecnológico, impondo uma mutação de mentalidade dos estudiosos e operadores do direito, impingindo-lhes um afastamento do esquema mental do formalismo jurídico, ao qual estavam habituados e onde o *direito* era considerado como um reduzido universo escrito sobre códigos. Note-se que, quanto à questão da superação do formalismo, há uma coincidência entre a proposta do direito processual-jurisdicional com a do direito cibernético. Frosini ofereceu-nos um exemplo

deste novo confronto com a realidade, que ora se impõe ao jurista da era tecnológica: o aspecto documental do processo judiciário. O juiz, como se sabe, esteve sempre acostumado no trato do processo com o uso de ferramentas que com o progresso foram quedando-se obsoletadas, a exemplo da substituição da pena pela caneta esferográfica e desta, pela máquina de escrever. Com o advento da tecnologia eletrônica, com a real possibilidade do emprego de recursos telemáticos e informáticos ao processo, este tende a uniformizar-se internacionalmente de maneira unitária e compacta, não fragmentada. A tecnologia apresenta-se como instrumento de conhecimento imediato da realidade, antes invisível: é técnica e é logos.¹⁶⁰⁴ Na era tecnológica a efetividade processual requer compactação processual, superação máxima das limitações formais. Isto, todavia, não logrará resultados satisfatórios se não ocorrer em paralelo uma modelação universal, que seria o ideal, ou, pelo menos, comunitária. Exige-se que, num primeiro e próximo momento, o processo seja uniformizado na seara dos grandes blocos comunitários. A adoção do código de processo civil modelo para a América Latina será um exemplo de superação de barreiras processuais impostas pelas fronteiras legislativas internas de cada Estado latino-americano. Isto aponta para um futuro processual promissor, pois se a tecnologia diminui distâncias permitindo a celebração de relações jurídicas materiais pela internet com a sobrelevação do espaço territorial real pelo espaço virtual, é preciso que a norma processual seja dotada do mesmo grau de eficácia, sob pena de termos no futuro um processo anacrônico, como temos hoje, incapaz de responder a manobras ilícitas como a do www.cocadaboa.com.

O processo civil brasileiro, por sinal, já vem sofrendo as conseqüências da exigência da compactação, como opção para efetividade. Exemplo incontroverso disto foi a já mencionada extinção da ação de execução de sentença em demandas que versam sobre obrigações de entrega de coisa e de fazer e não-fazer. A novel fase de efetivação processual instituída pela lei nº 10.444/02, nestes casos, demonstra a tendência de se comprimir o processo civil com louvável economia temporal na conclusão da solução judicial de conflitos. Também a possibilidade de concessão de cautelares, quando a parte equivocadamente requer a tutela antecipada – inovação introduzida em nosso sistema pela

¹⁶⁰⁴ Frosini Vittorio. *Cibernetica, diritto e società*. 4. ed. Milão, Edizione de Cumunità, p. 12.

mesma lei – atesta propensão legislativo-processual. Aliás, esta verdadeira fungibilidade na concessão de tutelas cautelares no âmbito de demandas que tramitam pelo rito comum (ordinário e sumário, artigo 272), não se constitui em via de mão única.¹⁶⁰⁵ Assim, do mesmo modo que o juiz pode conceder cautelares quando instado a proferir antecipação dos efeitos da tutela, também, em razão da simetria da mesma fungibilidade, torna-se possível a concessão de tutelas antecipatórias quando a provocação postular pela concessão de medidas cautelares impossíveis com a respectiva pretensão. Consta-se, pois, que a inclinação das alterações do código de processo civil leva-nos a concluir pela miscigenação do processo cognitivo com o executivo e cautelar. Aquele – o processo de cognição – torna-se também satisfativo-preventivo com o intuito de solucionar conflitos mais rapidamente. Mas a solução da grande crise de ineficiência do processo civil de massas determina a adoção de um novo modelo de processo: o processo telemático, e, quiçá o processo cibernético.¹⁶⁰⁶ Passemos, pois, ao estudo da telematização processual civil.

3. Do processo telemático: origem histórica.

Na Itália, já em 1990 um grupo de juristas, encabeçado por Renato Borruso, Ettore Giannantonio, Ugo Berni Canani, Vittorio Novelli e Floreta Rolleri, prenunciava a necessidade de se conceber um complexo sistema informático-telemático, pois que seria mais veloz e mais transparente que os meios processuais de então, com a finalidade

¹⁶⁰⁵ Em recente congresso de juízes de direito da Zona da Mata e do Agreste do Estado de Pernambuco, promovido pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco e pela Associação dos Magistrados, em novembro de 2002, na cidade de Gravatá-PE, o Desembargador Frederico Ricardo de Almeida Neves sustentou a reciprocidade da fungibilidade, tanto na concessão de cautelares quanto de tutelas antecipatórias.

¹⁶⁰⁶ Discorrendo sobre a simbiose entre tecnologia e justiça, Alexandre Mário Pessoa Vaz firma-se da seguinte maneira: *“Este duplo tema (tecnologia e justiça) a que vamos dedicar o último Título das nossas lições constitui o ponto fulcral da plena realização do sistema das garantias judiciais fundamentais do cidadão no Estado de Direito Social e Democrático; e representa o instrumento privilegiado, simples, económico e seguro da superação da presente crise de ineficácia e da justiça, decorrente da excessiva duração dos processos judiciais e da sobrecarga dos Tribunais, não só em Portugal como em vários outros países europeus e latino-americanos da actualidade”*. VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Direito processual civil. Do antigo ao novo código*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 373, sem negrito no original.

administrar a justiça italiana. Para tanto, em 1993, foi dado o primeiro passo concreto para o estabelecimento do processo telemático consistindo num projeto piloto concebido em Bolonha, desenvolvido por advogados e juízes.¹⁶⁰⁷ Deste trabalho nasceu o sistema *Polis*, um sistema experto, isto é, um programa de computador baseado no uso da inteligência artificial, ou seja, como demonstramos no item 03 do capítulo 02, os sistemas expertos são *softwares* consistentes no conjunto de atividades informáticas que, se realizadas pelo homem, seriam consideradas produto de sua inteligência.¹⁶⁰⁸ Pois bem, o sistema *Polis* é um desses sistemas idealizado por Pasquale Liccato, cuja destinação é a de possibilitar um arquivamento informatizado das sentenças do Tribunal de Bolonha, bem como de gerir o processo civil, administrativo e contábil italianos. A partir de então, passou-se a falar, na Itália, de um modelo de *processo civil telemático*.¹⁶⁰⁹

Em seguida, em Trieste, no ano de 2001, uma convenção organizada pela Faculdade de Jurisprudência da Universidade de Trieste e pela Ordem dos Advogados tratou do tema do processo civil telemático, resultando na conclusão de que o processo telemático consiste: “*num modo diverso, veloce e sicuro di fare la stessa cosa: il processo civile*”.¹⁶¹⁰ E Floreta Roller, por sua vez, acrescenta que o processo civil telemático não é apenas um slogan mediato, mas sim uma concreta experiência de uma justiça em condições de oferecer uma resposta eficaz à expectativa das partes, dos demandantes.¹⁶¹¹

A verificação desse fenômeno alcança abrangência mundial, pois a Áustria, o Japão e a Finlândia também já adotaram o processo telematizado como alternativa de

¹⁶⁰⁷ “Il loro obiettivo era rendere, attraverso un complesso sistema informatico telematico, trasparente e veloce l’amministrazione della Giustizia italiana. Uno dei passi cardine verso questa informatizzazione è stato il ‘progetto pilota per la sperimentazione del processo telematico’ gestito, sin dal 1993, a Bolonha da avvocati e magistrati appartenenti all’Ufficio Documentazione Automazione Informatica (UDAI)”. RIEM, Glauco. *Il processo civile telematico. Le nuove frontiere del processo alla luce del D.P.R. 123/2001*. Napoli: Simone, 2002, p. 5.

¹⁶⁰⁸ LUÑO, em *Manual de informática y derecho*, p. 24. E também: COELHO, Helder. *Inteligência artificial em 25 lições*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995, p. 20-21.

¹⁶⁰⁹ “A Bologna il 26 e 27 novembre 1999 si è parlato de ‘Il processo telematico. Nuovi ruoli e nuove tecnologie per un moderno processo civile’”. RIEM, Glauco, op. cit. p. 06. No mesmo sentido, veja-se BUFFA, Francesco, op. cit. p. 150.

¹⁶¹⁰ *Ibidem*.

¹⁶¹¹ “È una scommessa non solo tecnologica ma soprattutto organizzativa e culturale. Impone el cambio di mentalità da parte di coloro (e non sono ancora tanti) che non riescono a concepire il ‘documento’ se non come ‘carta’, la ‘firma’ se non come ‘sottoscrizione a penna (possibilmente stilografica)’, la ‘trasmissione’ se non come ‘invio a mezzo posta’”. ROLLER, Floreta, em *apresentação* à obra já citada de BUFFA, Francesco.

resolução de conflitos de interesses, sobretudo, nas ações de cobrança de pequeno valor.¹⁶¹² Os Estados Unidos da América do Norte vivenciaram uma verdadeira transformação no direito processual, pois desde 1996 vários tribunais adotaram o processo virtual. No Estado da Minnesota, exemplificativamente, instituiu-se um *digital case file* na Corte de Falências pelo qual as petições são escaneadas e publicadas na internet, sendo que a partir de 1999 os advogados passaram a poder peticionar por via eletrônica, através da grande rede. O mesmo aconteceu, só que desde 1997, com o Tribunal de Falências do Distrito Oriental de Washington. Segundo Leonardo Greco, desde 1999, a Corte de Falências do Distrito Meridional da Califórnia, em San Diego, já atingia, aproximadamente, o índice de 40 % de processos informatizados em todo o seu acervo. Além disso, a 5ª Corte de Circuito de Apelação de Dallas, no Texas, possui um sistema informático-telemático que procede com as intimações dos advogados pela via do *e-mail*.¹⁶¹³

Vê-se, enfim, que esse fenômeno vem se verificando em vários países em tempo relativamente uniforme, obviamente que cada qual com suas próprias peculiaridades, mas tendo, todos eles, em comum a mudança do meio da resolução de lides. A década de noventa, portanto, representa o marco temporal de ruptura com uma estrutura processual cartácea, arcaica e ultrapassada, que não mais atendia à demanda do acesso à justiça, ao mesmo tempo em que registra a origem histórica do processo telemático.

4. O processo telemático extrajudicial.

¹⁶¹² É o que nos aponta Leonardo Greco: “Mas, sem dúvida, o mais extraordinário progresso do processo eletrônico será a implantação de um autêntico processo virtual, desde a propositura da petição inicial até a entrega da prestação jurisdicional, que já começa a tornar-se realidade, conforme relato de Ruessmann. Na Áustria, no Japão e na Finlândia já funcionam sistemas de administração judiciária que permitem a propositura de demandas por comunicação eletrônica (...) Na Finlândia, a comunicação escrita entre as partes e o tribunal pode ser feita eletronicamente via e-mail (sistema de caixa postal), opção que muita gente faz bom uso”. GRECO, Leonardo. *O processo eletrônico. In: Internet e direito. Reflexões doutrinárias*. Livro coordenado por SILVA JÚNIOR, Roberto Roland Rodrigues. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 29.

¹⁶¹³ Ibidem.

A internet, que inicialmente foi criada com a finalidade de proteger os Estados Unidos contra ataques nucleares soviéticos,¹⁶¹⁴ será o ambiente telemático do processo civil. Aliás, a grande rede mundial vem sendo utilizada para resolver lides nos EUA e na Inglaterra já há algum tempo, como opção alternativa extrajudicial: ADR (*Alternative Dispute Resolution*). Algumas controvérsias podem ser resolvidas sem a interferência do Poder Judiciário, como, por exemplo, demandas sobre divórcio. De fato existem vários *sites* especializados no oferecimento de serviço de mediação de conflitos: www.i-courthouse.com; www.cybersettle.com; www.divorce-online.co.uk; www.e-curia.it. Este último foi o primeiro *site* experimental de resolução de controvérsias na Europa, criado pela Associação Cultural para o Estudo do Direito da Informática de Pordenone.¹⁶¹⁵

Estes *sites* estão na dianteira do processo civil extrajudicial telemático. Alguns deles apenas procedem com as tratativas iniciais, mediação, para, posteriormente, levar o caso aos pretórios. Outros se baseiam num sistema de resolução de controvérsias arrimada, basicamente, sobre breves indicações acerca da respectiva pretensão enviadas por e-mails, acompanhados, eventualmente, quando necessário, de documentos escaneados. Em seguida permite-se às partes a produção de breves memoriais. A bem da verdade, não se trata de um processo telemático em sentido estrito, considerando-se que sua presidência não recai sobre uma autoridade judiciária.¹⁶¹⁶ A instituição e o funcionamento de *sites* com a finalidade de

¹⁶¹⁴ Neste sentido veja-se o capítulo II de nosso *O direito cibernético: um enfoque teórico e lógico-aplicativo*, onde demonstramos que: “O modelo de computador “mainframe”, que ficava ao centro de um sistema como uma estrela do mar cujos tentáculos interligavam em cada extremidade “terminais burros”, noutras palavras, terminais que para processar determinada informação dependiam da “inteligência” da máquina central, da “estrela”, já no ano de 1969, havia sido superado pelo conceito de **rede telemática** onde muitas máquinas inteligentes podem ser conectadas, de maneira a usufruírem informações, compartilhando recursos, sem que no entanto, nada mais fosse centralizado num único computador. E isto aconteceu quando o Departamento de Defesa dos Estados Unidos, no citado ano, criou a ARPAnet (Advanced Research Projects Agency -- Agência de Projetos de Desenvolvimento Avançado), com a finalidade de evitar que um ataque nuclear fosse capaz de, uma vez destruindo os “mainframes”, aniquilar todas as informações que os mesmos contivessem”. PIMENTEL, Alexandre Freire, op. cit. p. 44. E sobre a criação da internet veja-se: GLOSSBRENNER, Alfred e Emily. *Internet*. Tradução de Roberto R. Tavares. São Paulo: Excel Books, 1994, p. 2- 3.

¹⁶¹⁵ “L'utilizzo di Internet per dirimire le controversie a distanza è già in uso da diverso tempo in Inghilterra ed America; si tratta, per la maggior parte, di procedure che si svolgono attraverso siti creati da associazioni, o da singoli studi professionali, che offrono sistemi alternativi diritto soluzione delle controversie”. RIEM, Glauco, op. cit. p. 07.

¹⁶¹⁶ “Il sistema di soluzione delle controversie per via telematica si basa, sostanzialmente, su una breve indicazione del caso, inviata dagli interessati per posta elettronica, alla quale si allegano gli eventuali documenti utili a all'analisi della fattispecie, acquisiti, magari, in formato digitale attraverso uno scanner. Le parti possono produrre brevi memorie e, quindi, ottenere la soluzione del caso, ma anche le

resolução de controvérsias são permitidos pelo artigo 17 da Diretiva CE 31/2000. Diz esta regra comunitária que os Estados-membros da CE devem providenciar que suas legislações admitam a instituição de instrumentos extrajudiciais de resolução de conflitos de interesses verificados entre prestadores de serviços (provedores) e destinatários (consumidores) da sociedade da informação, através de meios eletrônicos adequados. Devem ainda os Estados-membros providenciar também que os organismos de composição extrajudicial de litígios referentes ao consumo sejam dotados de independência, observando-se ainda os princípios do contraditório, da transparência, da eficácia do procedimento, da legalidade das decisões proferidas, da liberdade para as partes e, enfim, da representação postulacional.

5. O processo telemático judicial: os princípios apontados por Glauco Riem e Donato Antonio Limoni.

O processo telemático propriamente dito, isto é, o instrumento da jurisdição tecnológica, encontra na doutrina italiana uma base de cientificidade sedimentada em quatro princípios. Para Glauco Riem, é lastreado em dois princípios básicos: o primeiro deles impõe a aceitação da desnecessidade de deslocamento físico; o segundo, que mantém relação de pertinência com o anterior, determina que não se desperdice tempo (*non sprecare tempo*). Já Donato Antonio Limoni, ao prefaciar a obra de Francesco Buffa, elenca também dois princípios orientadores do processo civil telemático: o primeiro impõe a aceitação da validade jurídica do documento eletrônico; o segundo, que se vincula ao primeiro, pugna pela necessidade do uso da firma digital para garantir o valor jurídico eletrônico.¹⁶¹⁷ De nossa parte proporemos outros princípios a serem examinados no próximo capítulo, sempre com o propósito de demonstrar a existência de um novo fenômeno jurídico-processual com atribuição de caráter de cientificidade.

indicazioni su come, eventualmente, agire per risolverlo avanti all'autorità giudiziaria competente. Non si tratta, comunque, di un processo telematico vero e proprio gestito da un'autorità che pronunci istituzionalmente giustizia". RIEM, Glauco, op. cit. p. 09.

¹⁶¹⁷ LIMONI, Donato Antonio, em prefácio à obra citada de BUFFA, Francesco, p. VII.

No processo civil telemático, todos os atos processuais devem ser praticados através de rede telemática, mas mantendo conformação com as regras processuais existentes. Entretanto, o procedimento deve desenrolar-se, também, de acordo com as regras teleinformáticas de processamento de dados, pois é condição inderrogável o estabelecimento da segurança quanto à procedência, à privacidade e reserva, à integridade, e não possibilidade de repúdio ou negação dos dados emitidos ou dos atos produzidos através da informática ou da telemática.¹⁶¹⁸ Isto implica numa aceitação, ou mais propriamente, nos parece, deve implicar numa imposição da jurisdição tecnológica aos jurisdicionados, advogados, defensores públicos, representantes do Ministério Público e do Judiciário, de modo que nenhum ato processual praticado por via teleinformática possa vir a ser anulado mediante impugnação das partes. Como já prenunciamos, o princípio da instrumentalidade das formas será hipertrofiado no sistema de jurisdição tecnológica.

Os requisitos acima apontados referentes à segurança, procedência, privacidade e reserva e integridade das informações processuais podem ser garantidos. A jurisdição tecnológica está a requerer que o juízo ou tribunal tenha segurança de que determinada petição realmente seja oriunda do sujeito processual que se diz ser o emissor. Ora, quando discorremos sobre o sistema de criptografia assimétrica – no item 9.2, do capítulo 17 – demonstramos que esta técnica de escrever em cifra ou em código permite a interlocução entre dois usuários da internet de modo particular e privativo, mesmo que se faça uso de um canal público, e, ainda, mesmo que tal canal seja inseguro, mesmo assim, a técnica criptográfica proporciona uma intercomunicação segura. Para tanto, basta que cada tribunal institua um sistema oficial de assinatura digital, acarretando, portanto, a garantia de inviolabilidade documental. Dessa forma restam superados os problemas da certeza da procedência, privacidade e inviolabilidade processuais. Se as instituições bancárias operam já há tempo considerável com o sistema de movimentação financeira através da internet, sabendo-se, seguramente, que o usuário detentor de determinada senha é de fato o cliente da respectiva conta bancária, também o mesmo sistema pode ser adotado para o processo telemático. Basta, para tanto, estabelecer-se a técnica da criptografia (processual) assimétrica, também já vista por nós no capítulo 17, que pode vir associada a outros

¹⁶¹⁸ RIEM, Glauco, op. cit. p. 10.

requisitos tecnológicos como a impressão digital digitalizada. Pode-se instituir um sistema processual no qual cada advogado seja detentor de uma chave particular que ficará sob sua integral responsabilidade, tal como ocorre com as senhas de nossos cartões de crédito e de movimentação bancária. Para praticar qualquer ato processual o advogado deve fazer uso dessa senha ou chave, mas o reconhecimento de seu código será efetuado pelo sistema de cada tribunal – sistema este que deve ser uniformizado para todos os tribunais. A adoção dessa tecnologia permitirá que somente determinado tribunal possa decodificar o texto cifrado das petições.

A Itália, por exemplo, utiliza o D.P.R. 123/2001, que estabelece normas para o manejo de instrumentos informáticos e telemáticos para a certificação digital, bem como notificações, validações temporárias e autenticações de documentos eletrônicos. Isto se aplica para resolver o problema da outorga de procurações a advogados. Pela via tradicional do direito processual civil italiano, conforme o artigo 83 do CPCI, exige-se que para procurar em juízo o advogado esteja munido de um instrumento de mandato, a exemplo do artigo 38 do código de processo civil brasileiro. Pois bem, o dispositivo italiano requer autenticação documental.¹⁶¹⁹ Mas com o advento do processo telemático (D.P.R. 123/2001) o jurisdicionado apenas subscreverá o mandato apondo a sua firma digital no texto eletrônico que lerá na tela do computador do profissional com habilitação para tal, que pode ser um tabelião, ou o próprio advogado, ou na tela de seu próprio computador. Em seguida o profissional fará a autenticação digital firmando, assim, o mandato. O profissional poderá, pois, firmar instrumentos procuratórios públicos ou particulares.¹⁶²⁰ E quando a procuração for conferida em face de instrumento cartáceo, o defensor ou advogado constituídos por via

¹⁶¹⁹ Artigo 83 do CPCI: “*Procura alle liti – Quando la parte sta in giudizio col ministero di un difensore, questi deve essere munito di procura. La procura alle liti può essere generale o speciale, e deve essere coferita con atto pubblico o scrittura privata autentica. La procura speciale può essere anche apposta in calce o a margine della citazione, del ricorso, del controricorso...*”. IACOBELLIS, Marcello, op. cit. p. 62.

¹⁶²⁰ Esclarecendo a diferença entre o modo estabelecido pelo artigo 83 do CPCI e o do processo telemático, Glauco Riem oferece a seguinte solução: “*Si farà sempre più a meno della carta i cui costi di gestione ed archiviazione sono ormai troppo onerosi. Il cliente sottoscriverà il mandato applicando la propria firma digitale al testo elettronico che leggerà a video sul computer del professionista o, stando a casa, sul suo computer. Il professionista apporrà la propria autenticazione firmando digitalmente il mandato e l'atto*”. RIEM, op. cit. p. 10-11.

telemática devem transmitir a cópia informática do instrumento procuratório, asseverando como estando em conformidade com o original, mediante subscrição com firma digital.¹⁶²¹

6. O processo telemático: análise da experiência italiana.

Resolvemos iniciar a apresentação do processo telemático italiano pela demonstração do procedimento de acesso à jurisdição, listando e definindo os órgãos informáticos responsáveis pela respectiva efetivação. Em seguida, demonstraremos as espécies de processos que podem tramitar pela via telemática, bem como ressaltando como se praticam e se comunicam os atos processuais telemáticos. Além disso, será realçado o modo de digitalização, de autuação processual, a reserva cartácea por medida de segurança, e ainda como se procede com a numeração dessa espécie de autos. Fenômeno relevante, e, transitório, assim nos parece, é o da produção de prova mediante apresentação de documentos cartáceos através do procedimento de digitalização. Exporemos ainda a maneira de produção de prova, e, enfim, como se encerra o processo telemático, isto é, quais os requisitos da sentença telemática e como ocorre a sua cientificação.

6.1. O acesso telemático e os órgãos da jurisdição informatizada.

Na Itália, o trâmite procedimental telemático do envio de um documento jurídico eletrônico obedece ao seguinte esquema: primeiro ele é enviado através de um *ponto de certificação eletrônica* do advogado, que representa o computador do advogado, para um ponto de acesso do gestor ou provedor local de internet; daí, ele é enviado para o gestor central de acesso do SIC (Sistema Informático Civil); em seguida é remetido para o juízo endereçado. Ao ingressar no sistema do tribunal, automaticamente é atribuído um

¹⁶²¹ Vide item 10 da D.P.R. 123/2001.

número de ordem de remessa consignando-se o dia, a hora, o minuto e o segundo da chegada do documento. A secretaria do tribunal, incontinenti, certifica o recebimento da petição.¹⁶²²

Tudo isso requereu a criação de órgãos indispensáveis à efetivação do procedimento telemático, vejamos agora alguns. **Os gestores de acesso** - O D.P.R. 123 quando menciona o gestor do sistema (artigo 1º, alínea g) remete para o conceito estabelecido pelo Decreto Presidencial nº 513, de 10 de novembro de 1997, cuja definição foi acolhida pelo Regulamento Técnico do inciso III do artigo 3º do D.P.R. 123/2001, que fala em duas espécies de gestores de sistema: um central; e outro local. O **gestor central de acesso** consiste na estrutura técnico-organizativa que no âmbito do “*domínio justiça*”, fornece os serviços de acesso ao SIC proporcionando a transmissão telemática de documentos informáticos relativos ao processamento de dados entre o SIC e os sujeitos habilitados. O **gestor local de acesso** é o sistema informático que fornece os serviços de acesso ao sistema informativo dos juízos oficiais do judiciário N.E.P., bem como os serviços de transmissão telemática dos documentos informáticos pertinentes ao processamento entre o gestor central e o N.E.P. A sua principal função é a de proceder com as notificações, conservar todos os documentos informáticos enviados e recebidos, bem como atestar a tempestividade dos atos.¹⁶²³ O *domínio justiça*, por seu turno, designa o conjunto de *hardware* e *software* através do qual a administração da justiça trata de todos os tipos de atividades informáticas e telemáticas, bem como de todas as espécies de comunicação e de procedimentos.¹⁶²⁴ O **Sistema Informático Civil** é definido na alínea f do artigo 1º do D.P.R. 123 como o subconjunto dos recursos do *domínio justiça* mediante os quais a Administração da Justiça italiana trata o processo civil telemático. A gestão do

¹⁶²² Explicando o trâmite seguinte ao recebimento do documento jurídico eletrônico no processo telemático italiano, Glauco Riem anota: “*La cancelleria preleverà elettronicamente, dal conto corrente del professionista, le somme corrispondenti ai diritti ed alle marche relative all’atto introdotto secondo le modalità dettate dal capo VI delle regole tecniche sul processo telematico*”. Ibidem, p. 12.

¹⁶²³ Vide artigo 2º do Regulamento Técnico do inciso III do artigo 3º do D.P.R. 123. Mais adiante, no artigo 23 da mesma norma encontramos os detalhes das atribuições do N.E.P.: “*art. 23 – Sistema informático di gestione dell’ufficio N.E.P. – 1. Il sistema informatico di gestione degli uffici N.E.P. è costituito dagli applicativi per la gestione del sistema di notifiche. 2. Il sistema informatico di degli Uffici N.E.P. acquisisce i documenti informatici notificare, procede alla loro notifica e li restituisce con associata la relata de notifica. 3. Il sistema informatico di gestione degli Uffici N.E.P conserva tutti documenti informatici inviati e ricevuti e le relative attestazioni temporali associate, secondo quanto previsto dall’articolo 55 del presente decreto*”. RIEM, op. cit. p. 235.

¹⁶²⁴ Vide item 1, alínea e, do D.P.R. 123/2001.

SIC é cometida à Direção Geral para sistemas informativos automatizados, que é responsável também pelo gestor central de acesso.¹⁶²⁵ Já o **ponto de certificação dos advogados** é definido na alínea *d* do artigo 2º do Regulamento técnico do inciso III do artigo 3º do D.P.R. 123/2001, como sendo a estrutura técnico-organizativa que fornece serviço de certificação para os advogados. Dentre esses serviços inclui-se: atestado de inscrição na lista de profissionais habilitados a litigar pelas vias telemáticas, ou seja, os advogados qualificados e legitimados ao exercício da defesa dos direitos dos clientes constituídos, ou, também, podem atestar exatamente o contrário, isto é, que determinado advogado não é habilitado.¹⁶²⁶ Os **pontos de acessos** – é através desses mecanismos que os advogados habilitados acessam o SIC, e somente podem ser ativados desde um conselho da ordem dos advogados ou de entidades autorizadas pelo mencionado Decreto. Dentre essas entidades, o inciso 04 do artigo 6º Regulamento Técnico do inciso III do artigo 3º do D.P.R. 123/2001 menciona o Ministério da Justiça, a Advocacia do Estado italiano, as empresas estatais ou equiparadas, mas estes últimos sofrem a restrição de fomentarem o acesso apenas para os aos profissionais neles inscritos e deles dependentes. Mas o inciso seguinte admite que empresas privadas, como sociedades por ações e outras, possam gerir um ponto de acesso desde que obedeçam às imposições estabelecidas.¹⁶²⁷

6.2. Espécies de processos telemáticos e a telematização dos atos processuais.

Todo o trâmite do processo telemático italiano baseia-se e, ao mesmo tempo, deriva do D.P.R. nº 123 de 13 de fevereiro de 2001, aplicando-se subsidiariamente o CPCI. Aquela regra regulamenta e disciplina o uso de instrumentos informáticos e telemáticos nos

¹⁶²⁵ RIEM, op. cit. p. 209 e 233.

¹⁶²⁶ RIEM, op. cit. p. 228.

¹⁶²⁷ Os requisitos para as empresas privadas poderem oferecer serviço de acesso estão descritos na alínea *c* do inciso 5 do Regulamento Técnico do inciso III do artigo 3º do D.P.R. 123/2001: “*impegno a fornire una qualità dei servizi, dei processi informatic e dei relativi prodotti, sulla base di standard riconosciuti a livello internazionale. La violazione di tale impegno in un periodo di 2 anni comporta un avvertimento e, se la violazione si ripete una seconda volta nello stesso periodo, la revoca dell'autorizzazione*”. RIEM, op. cit. p. 229.

processos: administrativo, das cortes de contas, e no civil. A premissa principal consiste na possibilidade de que todos atos e providências processuais – inclusive a sentença - possam ser praticados sob a forma de documentos eletrônicos subscritos com firma digital, garantindo-se, assim, a segurança jurídica. Quando os atos processuais não puderem ser praticados pelos modos teleinformáticos, admite-se a efetuação pelas vias cartáceas tradicionais. Mas neste caso, logo em seguida, é providenciada a digitalização da peça e inserindo-a no bojo dos autos telemáticos. Os atos processuais verbais devem ser reduzidos a termo digital mediante subscrição com firma digital da autoridade judiciária presidente da audiência. Os depoimentos das partes e das testemunhas também devem vir secundados pela chancela digital do respectivo depoente. Da mesma forma quando a subscrição digital não for possível os atos processuais devem ser praticados pelas vias tradicionais. Neste caso, o funcionário judicial – correspondente ao nosso chefe de secretaria – deve proceder com a digitalização informática transformando o documento cartáceo em eletrônico.¹⁶²⁸

6.3. Da comunicação telemática dos atos processuais.

A comunicação dos atos processuais telemáticos do processo italiano obedece ao disposto no artigo 6 do mesmo D.P.R. 123, ou seja, praticam-se mediante recibo de confirmação expedido pela secretaria do juízo, subscrito com firma digital. A comunicação processual é enviada para o endereço eletrônico cadastrado no sistema da ordem dos advogados, indicado pelo advogado, ou para o apresentado ao tribunal.¹⁶²⁹ Para os demais sujeitos envolvidos no processo considera-se como endereço eletrônico aquele declarado ao

¹⁶²⁸ “La cancelleria procede alla formazione informatica del fascicolo d’ufficio, contenente gli atti del processo come documenti informatici ovvero le copie informatiche dei medesimi atti quando siano stati depositati su supporto cartaceo”. É o que dispõe o artigo 12 da D.P.R. nº 123 de 13 de fevereiro de 2001, que complementa o artigo 5.

¹⁶²⁹ A mesma D.P.R. estabelece no artigo 7, que “Ai fini delle comunicazioni e delle notificazioni ai sensi dell’articolo 6, l’indirizzo elettronico del difensore è unicamente quello comunicato dal medesimo Consiglio dell’ordine e da questi reso disponibile ai sensi del comma 3 del presente articolo. Per gli esperti e gli ausiliari del giudice l’indirizzo elettronico è quello comunicato dai medesimi ai propri ordini professionali o all’albo dei consulenti presso il tribunale”

profissional competente para atestar a certificação da firma digital, quando do momento da interposição da demanda telemática.¹⁶³⁰

O Regulamento Técnico do inciso III do artigo 3º do D.P.R. 123/2001 dedicou o capítulo segundo ao problema da *gestão dos endereços eletrônicos*. Instituiu-se uma *caixa postal eletrônica certificada*, de modo que para os sujeitos habilitados usufruírem os serviços de transmissão telemática de documentos informático-jurídicos devem dispor de um endereço eletrônico, bem como de uma respectiva *caixa postal eletrônica* vinculados e geridos por determinados *pontos de acesso*. Cada endereço eletrônico deve corresponder a uma única caixa postal eletrônica certificada e cada profissional do direito, que interage por via telemática com o Judiciário italiano através do SIC, deve possuir um único endereço eletrônico registrado no gestor central de acesso. As caixas postais eletrônicas certificadas, por seu turno, podem receber comunicados jurídicos telemáticos provenientes unicamente de outros *pontos de acesso* habilitados ou do gestor central de acesso.¹⁶³¹

Para o advogado obter um endereço eletrônico a fim de se habilitar a utilizar o SIC é necessário que ele tenha registrado-se num *ponto de acesso*. Para obter o registro o advogado deve formular um requerimento feito por escrito, que fica arquivado no *ponto de acesso* por pelo menos dez anos. São requisitos para o registro a apresentação da identidade profissional e também um código fiscal. Para uma pessoa física efetuar um registro local de endereço eletrônico exige-se: nome, cognome, local e data de nascimento, código fiscal, a data e a hora da variação do último endereço eletrônico, residência, domicílio, o estado do endereço (ativo ou inativo), identidade profissional da ordem dos advogados. Para uma pessoa jurídica obter o registro, requer-se: a denominação social, o código fiscal, a data e a hora da variação do último endereço eletrônico, o endereço da sede legal, o estado do endereço (ativo ou inativo).

¹⁶³⁰ BUFFA, Francesco, op. cit. p. 150.

¹⁶³¹ RIEM, op. cit. p. 230.

6.4. A digitalização dos autos processuais e a reserva cartácea.

A digitalização dos autos processuais é feita pela secretaria do respectivo juízo e deve conter os atos processuais: como documentos informáticos; ou como cópias informáticas dos mesmos atos processuais quando tenham sido documentados em suporte cartáceo; são ainda inseridos os atos probatórios. Dado interessante a revelar que o processo telemático italiano ainda não se desvinculou do processo tradicional consta do inciso II do artigo 12 do DPR: *“La formazione del fascicolo informatico non elimina l’obbligo di formazione del fascicolo d’ufficio su supporto cartaceo”*.¹⁶³² Isso está a demonstrar que a Itália ‘telematizou’ o processo civil, o administrativo e o de contas, entretanto, ainda mantém uma reserva cartácea de autuação.¹⁶³³

6.5. A numeração dos autos informáticos.

O problema da numeração dos autos informáticos é resolvido adotando-se a mesma numeração dos autos de papel, tudo em conformidade com o CPCI. Os autos informáticos devem conter indexação que permita a indicação dos documentos produzidos na mesma ordem dos autos de papel, deve também o índice ser redigido de forma a permitir a consulta direta dos atos e dos documentos informáticos. Quando um documento for

¹⁶³² RIEM, op. cit. p. 211-2.

¹⁶³³ Aqui no Brasil, Jones Figueirêdo dá-nos o seguinte prenúncio da autuação telemática: *“Petições iniciais serão distribuídas mediante o emprego de e-mail, acompanhadas de documentação digitalizada em sistema de imagem, e com prova eletrônica de recolhimento de custas, afastando a necessidade dos antigos ‘autos’ processuais. Os novos ‘autos’ serão, em verdade, arquivos computadorizados, em bases de textos, cuja consulta poderá ser por simples acesso via Internet ou por ‘aquisição’ de cópias via disquete”*. ALVES, Jones Figueiredo, op. cit. p. 61.

produzido por uma das partes, deve restar esclarecido isto nos autos informáticos com a indicação da respectiva parte a que menciona.¹⁶³⁴

6.6. Documentos em papel e o direito de consulta aos autos informáticos.

A norma italiana determina que a secretaria do juízo deve efetuar as digitalizações dos documentos produzidos em papel, salvo quando isso representar custo excessivamente oneroso. Considera-se oneroso o custo quando as cópias superarem o número de vinte. Permite-se, todavia, que, mediante alegação da parte, possa a secretaria proceder com a digitalização em número superior a vinte.¹⁶³⁵

Às partes é garantido o direito de consultar os autos informáticos tanto por via telemática quanto nas dependências da própria secretaria do juízo, através de um vídeo-terminal. O serventuário de justiça responsável pela conclusão dos autos informáticos deve sempre apor a sua firma digital.¹⁶³⁶

6.7. A produção de prova e a prática de atos processuais informáticos e telemáticos.

O D.P.R. 123 distingue entre: *documento informático*, *duplicata de documento informático*, *documento probatório*. O *documento informático* consiste na representação informática do conteúdo de atos, fatos ou dados juridicamente relevantes. A *duplicata de documento informático* designa a reprodução de um documento informático realizada através de quaisquer suportes eletrônicos dê que facilmente transportáveis. O *documento*

¹⁶³⁴ RIEM, op. cit. p. 211-2.

¹⁶³⁵ Ibidem.

¹⁶³⁶ Ibidem.

probatório representa atos dotados de eficácia probatória em conformidade com o código civil e de processo civil.¹⁶³⁷

A produção de prova e a prática de atos processuais informáticos e telemáticos tanto podem ser feitas através de via telemática quanto pelo depósito na secretaria do respectivo suporte informático que contém o ato ou a prova. As partes têm o dever de produzir atos processuais em conformidade com as regras estabelecidas pelo D.P.R. 123, ou seja, devem seguir os parâmetros técnicos, como determinado tipo de mídia eletrônica, etc. Além disso, os documentos devem conter índice das matérias pertinentes ao conteúdo, e o advogado responsável deve atestar a respectiva integridade mediante aposição de firma digital. Uma vez produzido um documento informático pelas partes, o serventuário competente deve proceder à inserção nos autos informáticos. Em seguida, o suporte informático, que pode ser um disquete, por exemplo, é restituído à parte.¹⁶³⁸

6.8. Forma e intimação da sentença.

Após o julgamento do feito, a sentença deve ser redigida sob a forma de documento informático e subscrita com firma digital do juiz, e, em seguida, transmitida por via telemática. A correspondência eletrônica pode conter apenas a minuta¹⁶³⁹ da sentença, mas devendo-se observar as regras do artigo 119 do CPCI, assegurando-se a correlata autenticidade e reserva.¹⁶⁴⁰ Além de assinada digitalmente pelo juiz, a sentença deve também ser subscrita pelo escrivão com firma digital, a exemplo do estabelecido no artigo 133 do CPCI.¹⁶⁴¹ O artigo 49 do Regulamento Técnico do inciso III do artigo 3º do D.P.R. 123/2001, em seu inciso II, previu ainda que se se tratar de sentença proferida por órgão

¹⁶³⁷ Ibidem, p. 208. Sobre o valor jurídico dos documentos eletrônicos e da firma digital, veja-se BUFFA, Francesco, op. cit. p. 150.

¹⁶³⁸ Ibidem, p. 212.

¹⁶³⁹ A expressão minuta representa a ementa, que na Itália recebe a denominação de *maxima*. Mas deve-se lembrar que as *maximas* italianas são bem mais minudentes que as *ementas* brasileiras.

¹⁶⁴⁰ No mesmo sentido, veja-se BUFFA, Francesco, op. cit. p. 149-50.

¹⁶⁴¹ RIEM, op. cit. p. 212.

jurisdicional colegiado, o original deve ser subscrito também com a firma digital do Presidente do órgão e transmitida para o juiz redator ou para o escrivão que efetuou a redação em formato eletrônico. Em seguida o escrivão faz o ato de depósito pondo a data e subscrivendo a sentença com a sua própria firma digital.¹⁶⁴² Na verdade, quando o CPCI dispôs sobre a publicação e comunicação da sentença, estabeleceu: primeiro, que a mesma considera-se publicada quando ocorrer o seu depósito pelo juiz na secretaria do juízo;¹⁶⁴³ segundo, que o escrivão aponha a data de entrega e a sua firma, depois, dentro de cinco dias, deve cientificar a parte com missiva contendo a parte dispositiva do julgado.¹⁶⁴⁴

Esse é um retrato, não exauriente, da experiência italiana em relação à telematização do processo civil. Passemos agora a estudar o projeto de telematização do processo brasileiro.

7. O projeto de telematização do processo brasileiro. O (ante)projeto de lei da AJUFE: problematizações iniciais.

No Brasil, a teleinformatização do processo judicial foi idealizada pela AJUFE, que apresentou proposta à Câmara dos Deputados.¹⁶⁴⁵ Na Comissão de Participação Legislativa da Câmara dos Deputados o anteprojeto respectivo teve como relator o Deputado Ney Lopes. Aqui, encontramos extratos das justificativas da AJUFE para a

¹⁶⁴² Ibidem, p. 243.

¹⁶⁴³ Este, aliás, é o sentido atribuído ao nosso artigo 463: *Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional, só podendo alterá-la: I - para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexactidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo; II - por meio de embargos de declaração.*

¹⁶⁴⁴ Artigo 133 do CPCI: *“La sentenza è resa pubblica mediante deposito nella cancelleria del giudice che l’ha pronunciata. Il cancelliere dà atto del deposito in calce alla sentenza e vi appone la data e la firma, ed entro cinque giorni, mediante biglietto contenente el dispositivo, ne dà notizia alle parti che si sono costituite”.* IACOBELLIS, op. cit. p. 70.

¹⁶⁴⁵ Dentre os participantes do projeto, estão os juizes federais: Sérgio Eduardo Cardoso da Seção Judiciária de Santa Catarina, Walter Nunes da Silva Júnior da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, bem como o advogado Marcos da Costa, Presidente da Comissão Especial de Informática Jurídica da OAB-SP, e Leonardo Alam da Costa, Secretário de Informática do Supremo Tribunal Federal. Anteprojeto, p. 03. www.camara.gov.br

proposição de “informatização” do nosso processo. Dentre outros aspectos releva o dado apontado no sentido de que 92% dos juízes consideram a falta de informatização dos serviços judiciários um *fator grave*.¹⁶⁴⁶ Mas não apenas isto, pois também se realça a necessidade de não se subutilizar as máquinas computacionais restringindo-as, como acontece até o presente momento na maioria dos nossos pretórios, a funções aprimoradas de datilografia. E, ainda, consigna-se exigência de integração entre todos os sujeitos participantes da relação processual, a fim de se proporcionar uma utilização ótima da tecnologia.¹⁶⁴⁷ A proposta brasileira procura estabelecer princípios processuais gerais visando à legalização dos procedimentos judiciais teleinformáticos, porém, de modo facultativo, pois que admite a convivência com a sistemática atual.¹⁶⁴⁸ Representa, no dizer da própria AJUFE, uma evolução (no sentido de integralização) do processo de telematização judicial iniciado pelas leis 9800/99 e 10.259/01.¹⁶⁴⁹

A exemplo do modelo italiano, o brasileiro não possibilita apenas o envio telemático de petições processuais, até porque isto já é permitido, como vimos no capítulo 14, desde a vigência da lei nº 9.800/99,¹⁶⁵⁰ mas, também, o envio de “peças” processuais, isto é, documentos, entre órgãos do Poder Judiciário nacional. Diferentemente do determinado nesta última lei, o projeto da AJUFE dispensa a ratificação posterior dos atos

¹⁶⁴⁶ É também importante a ressalva de que “... a informatização aqui não se refere à aquisição de computadores para utilização como substitutos mais eficientes das velhas máquinas de datilografia. Aliás, esse processo de substituição já se encontra concluído na imensa maioria das unidades jurisdicionais existentes no país”. Anteprojeto p. 1-2 www.camara.gov.br

¹⁶⁴⁷ Ibidem.

¹⁶⁴⁸ Neste sentido disse o eminente Relator do anteprojeto: “Diante destas colocações e em face das manifestações dos participantes (referência aos autores do projeto da AJUFE) na audiência pública, pudemos depreender que os autores procuram estabelecer **princípios**, linhas gerais, de caráter eminentemente processual, de forma a legalizar os procedimentos digitais, sem obrigar a sua aplicação, sendo, como hoje já se faz em alguns foros e tribunais, possível a convivência entre os sistemas tradicional e o intentado pelo anteprojeto”. Anteprojeto p. 5. www.camara.gov.br

¹⁶⁴⁹ Na dicção da AJUFE: “O projeto ora apresentado visa evoluir na vereda inaugurada pelas leis mencionadas, regulando plenamente a informatização dos procedimentos judiciais, afastando dúvidas acerca da validade de atos processuais assim praticados. A este propósito, pertinente mencionar que muitos juízes e Tribunais - mesmo sem a existência de lei expressa - já vêm adotando alguns dos caminhos insertos no projeto, sempre com excelentes resultados”. Vide Justificação do projeto de lei nº 5828/2001, apresentada em 24 de outubro de 2001 à Comissão de Legislação Participativa: www.ajufer.gov.br.

¹⁶⁵⁰ Entretanto, com a *capacis diminutio* em decorrência de a Resolução nº 179/99, do Supremo Tribunal Federal, haver restringido a eficácia da lei nº 9.800/99 ao processamento de petições enviadas através de fax, como demonstramos no capítulo 14, item 12.9.

processuais praticados.¹⁶⁵¹ Prevê-se o desenvolvimento de um *software* com o escopo de concretizar o intercâmbio telemático, e que deverá ser distribuído àqueles credenciados junto aos órgãos jurisdicionais. Nos mesmos moldes do paradigma italiano, este programa deverá registrar a data e a hora de remessa e de recebimento dos atos processuais telemáticos, bem como expedir os respectivos avisos eletrônicos de recebimento.¹⁶⁵² Outra semelhança com o processo telemático da Itália consiste na previsão de comunicação telemática entre os tribunais e de instituição de autos processuais eletrônicos. Uma dessemelhança, quanto ao tratamento legislativo, consiste no fato de o processo italiano ter sido regulado por Decreto do Presidente da República e o brasileiro por lei.

A relatoria, contudo, demonstrou preocupação com o aspecto técnico-jurídico no pertinente à segurança jurídica do modelo de telematização proposto. Falou-se, a respeito, que os documentos têm “*um lastro material*”, o código de processo penal, exemplo citado, no artigo 232 estabelece que “*Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares*”. Todavia, não se considerou que o parágrafo único do mesmo artigo confere a mesma força probante “*À fotografia do documento, devidamente autenticada...*”. Portanto, independentemente de nova lei, documentos digitalizados equiparam-se às fotografias, e, conseqüentemente, enquadram-se no dispositivo deste parágrafo único. Além disso, mencionou-se também o código de processo civil que no artigo 169 fala: “*Os atos e termos do processo serão datilografados ou escritos com tinta escura e indelével, assinando-os as pessoas que neles intervieram. Quando estas não puderem ou não quiserem firmá-los, o escrivão certificará, nos autos, a ocorrência*”. A preocupação da relatoria deriva do fato de o parágrafo 2º do artigo 1º do

¹⁶⁵¹ Neste sentido, e considerando o disposto nos artigos 1º e 2º da lei 9.800/99, disse a AJUFE: “*Constata-se, com a leitura destes dispositivos, que - não obstante a sua importância - tal diploma legal ainda exige a ratificação dos atos processuais praticados por fax com a utilização de “métodos tradicionais”, o que certamente diminui o seu impacto positivo no tocante à agilização dos processos judiciais*”. Vide Justificação do projeto de lei nº 5828/2001, apresentada em 24 de outubro de 2001 à Comissão de Legislação Participativa: www.ajufe.gov.br.

¹⁶⁵² “*O programa disporia de recursos para registrar data e hora de expedição e recebimento de documentos e para identificar o recebimento de documento expedido eletronicamente, emitindo aviso de recebimento eletrônico*”. Anteprojeto p, 2. www.camara.gov.br

anteprojeto ter dispensado a apresentação dos documentos originais, talvez, pensou-se: “... porque o próprio documento eletrônico seja considerado original”.¹⁶⁵³

Outros questionamentos centraram-se sobre as seguintes dificuldades: na obtenção da prova de crimes perpetrados pela internet, em virtude da ausência de materialidade; da colheita da prova produzida no processo civil; da intervenção de terceiros, quando optassem em ingressar pelas vias tradicionais em processo digitalizado, posto que o anteprojeto sugeria a coexistência entre o modelo atual e o telemático; na forma de consulta dos autos virtuais, considerando que o inciso VI do seu artigo 8º permite: “armazenamento por meio eletrônico dos atos praticados, bem como dos acessos efetuados na forma da presente lei”, e ainda porque o artigo 9º estabelece que “A redução a termo de atos processuais poderá ser efetuada com o emprego de tecnologia de gravação de som, imagem ou reconhecimento de voz, a critério do juízo”; possível inconstitucionalidade do artigo 7º, que atentaria contra o sistema federativo, pois: “... busca estabelecer atribuições a outras pessoas de direito público interno: Estado e Municípios, por exemplo, seriam atingidos pelas disposições do anteprojeto”; possível inconstitucionalidade do artigo 8º, quando impõe determinação a outro Poder (o Judiciário), bem como por lhe impingir custos vultosos.¹⁶⁵⁴

Nada obstante as preocupações acima listadas, assentou-se que, em relação ao problema da segurança, os procedimentos judiciais mais seguros atualmente são exatamente aqueles já informatizados, como acontece com a distribuição, por exemplo. Mas o resultado da mencionada audiência pública foi no sentido de que a própria AJUFE procedesse a uma revisão no texto, visando ao aprimoramento.¹⁶⁵⁵ Em seguida, a AJUFE procedeu com os ajustes e o Deputado Relator votou pelo acolhimento do anteprojeto, “passando a matéria a constituir Projeto de Lei de autoria desta Comissão”.

¹⁶⁵³ Anteprojeto p. 4. www.camara.gov.br

¹⁶⁵⁴ Ibidem.

¹⁶⁵⁵ “De qualquer sorte, do que resultou da proveitosa audiência pública, e diante das considerações ali desenvolvidas, a AJUFE, mediante os seus representantes, Doutores Walter Nunes da Silva Júnior e Sérgio Eduardo Cardoso, assumiu o compromisso de realizar uma revisão no texto. Assim, ao invés dos parlamentares modificarem a sugestão original, a própria proponente se encarregaria, em curto espaço de tempo, e de forma a atender os prazos regimentais, em apresentar um novo texto”. Ibidem.

8. O projeto de lei nº 5828-2001: aprovado na Câmara dos Deputados e enviado ao Senado Federal.

Superadas as discussões da fase do anteprojeto, o projeto de lei da telematização do processo judicial brasileiro, idealizado pela AJUFE, foi tombado na Câmara dos Deputados sob o nº 5828-2001. Em seguida, foi remetido para a Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara, onde recebeu parecer favorável. O relator do projeto nesta Comissão, Deputado José Roberto Badóquio, deixou claro que a telematização jurisdicional é de índole facultativa, estando, portanto, a depender do credenciamento dos interessados junto aos órgãos judiciais.¹⁶⁵⁶

Quanto aos vícios de inconstitucionalidade apontados pelo Deputado Ney Lopes na Comissão de Participação Legislativa, a Comissão de Constituição e Justiça e de Redação considerou, à unanimidade, que o projeto nº 5.828/2001 não está a pressupor a criação de órgãos da administração pública, mas, apenas, que pessoas jurídicas de direito público estabeleçam canais de recepção em seus sistemas informatizados. Dessa forma, não há que se falar em inconstitucionalidade, pois não se tratava de iniciativa de lei privativa do Presidente da República (artigo 61, § 1º da Constituição Federal). No mérito assentou-se que o projeto facilita o acesso à justiça e ‘*dessacralisa*’ o processo sem agredir aos direitos dos contendores.¹⁶⁵⁷

¹⁶⁵⁶ Nas palavras do relator: “*A presente proposta, de autoria da Comissão de Legislação Participativa, pretende permitir o uso de meio eletrônico na comunicação de atos e na transmissão de peças processuais, tais como petições, recursos, cartas precatórias, etc. desde que os interessados se credenciem junto aos órgãos do Poder Judiciário*”. Parecer do Deputado Roberto Badóquio, em: www.camara.gov.br/Internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=41619

¹⁶⁵⁷ Disse o relator: “*... merece acolhida a Proposição. Eis que é oportuna e conveniente, moderniza a tramitação processual, imprime celeridade, dessacraliza o processo, sem ferir os direitos e garantias das partes. A adoção de meios eletrônicos trará, indubitavelmente, até mesmo maior conforto para os advogados e para as partes, uma vez que não mais precisarão deslocar-se até o tribunal para aforar petições, recursos etc. Assim, nosso voto é pela constitucionalidade, juridicidade, boa técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação do Projeto de Lei n.º 5.828, de 2001*”. www.camara.gov.br/Internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=41619

Depois de aprovado na Câmara dos Deputados, o projeto foi encaminhado ao Senado Federal, onde recebeu o nº PLC 71/02. Vejamos agora alguns aspectos dessa proposta.

8. 1. Das espécies de processos telematizados: uma crítica à exclusão da jurisdição eleitoral e administrativa.

Se aprovado sem emendas o projeto nº 5828-2001 (nº PLC 71/02) institui um processo judicial telemático no âmbito das jurisdições civil, penal e trabalhista em todas as instâncias (parágrafo primeiro do artigo 1º). Diferentemente da concepção italiana, que não abrangeu o processo penal, a brasileira, por sua vez, não incluiu os processos: administrativo, inclusive aquele de competência dos tribunais de contas, e o eleitoral. Em relação a este último não se está aqui a referir o procedimento de eleição, que já é informatizado, aliás, com elogiável sucesso, mas sim o processo judicial (civil e penal) decorrente de lides eleitorais.

Como demonstramos no item 03 do capítulo 05, o direito processual eleitoral representa uma disciplina específica, dotada de princípios próprios. O *princípio jurídico*, por exemplo, dispõe que o direito processual eleitoral está submetido a um ordenamento jurídico próprio e específico, o *princípio político* vincula o direito processual eleitoral a determinadas tipologias políticas adotadas pelo poder constituinte, constituindo ramo autônomo da ciência jurídica, e o *princípio econômico* estabelece ao legislador buscar atingir o máximo de resultados.¹⁶⁵⁸ Vê-se que o direito processual eleitoral está a merecer inclusão no projeto de lei nº 5828-2001, pois do contrário poderão ocorrer discussões – evitáveis, obviamente, se houver a inclusão – acerca da juridicidade da tramitação de feitos digitalizados na justiça eleitoral. Estaria o processo judicial eleitoral a reger-se pela lei que advirá do projeto em discussão ou estaria adstrito às disposições da lei nº 9.800/99. Aliás, nos parece que a disposição desta última lei que determina a apresentação em juízo no

¹⁶⁵⁸ FERREIRA, Pinto. *Código eleitoral comentado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 23.

prazo de cinco dias das petições enviadas por via telemática em meio cartáceo estará revogada, ante a ausência de exigibilidade do projeto nº 5828-2001.

O problema está posto, e a única alternativa de se aplicar as disposições advindas da futura lei que telematiza o processo judicial – em não se incluindo a jurisdição eleitoral no contexto do parágrafo primeiro do artigo 1º – será a de se conceber que a expressão *processo civil* – usada no dito dispositivo – está a abranger as jurisdições civis genericamente. Assim, até mesmo os processos administrativos – os das cortes de contas, inclusive – também poderiam inserir-se nesta hermenêutica ampliativa. Isto, todavia, não parece ser de boa técnica, mormente quando ainda há tempo para se evitar discussões futuras, que podem gerar prejuízos com a decretação de nulidades, tudo a depender da interpretação. Ademais, esta alternativa conspira contra a autonomia científica daquelas disciplinas: direito processual eleitoral e direito processual administrativo. Além de a doutrina claramente proceder com a distinção entre as jurisdições civil e eleitoral.¹⁶⁵⁹

Outro problema que o parágrafo primeiro do artigo 1º do projeto nº 5828-2001 pode suscitar refere-se à sua aplicação aos processos judiciais eleitorais penais. É que, como também demonstramos no item 03 do capítulo 05, o direito processual-penal-eleitoral é detentor de princípios e orientações específicos outorgantes de sua autonomia científica, conforme demonstração do professor Nilzardo Carneiro Leão. Em razão de seu conteúdo formal, a ação penal eleitoral desenvolve-se nas demarcações traçadas pela Constituição Federal e pelo código eleitoral, cujo artigo 364 estatui que o código de processo penal somente será aplicado na resolução de lides eleitorais de forma subsidiária e supletiva, conforme demonstramos no item 04 do capítulo 05. Aliás, vimos também que Manfredi Mendes de Cerqueira demonstra a diferença entre o processo penal e o processo penal eleitoral.¹⁶⁶⁰ Considerando isso, este professor enumera os princípios da *legalidade, da obrigatoriedade, do contraditório e da verdade material*, como aplicáveis ao processo-

¹⁶⁵⁹ “São julgadas de acordo com CPC as lides civis, vale dizer, as não penais, não trabalhistas, **não eleitorais** e não militares”. NERY JÚNIOR e NERY, Rosa, op. cit. p. 372.

¹⁶⁶⁰ Vale à pena recordar os seguintes aspectos: no processo penal o réu deve ser interrogado, no processo eleitoral não; no processo penal permite-se a figura do assistente do Ministério Público, no processo eleitoral isso não é possível. MENDES DE CERQUEIRA, Manfredi. *Matéria eleitoral*. 2. ed. Cejup. 1983, p. 130.

penal-eleitoral.¹⁶⁶¹ Então, em sendo isto verdadeiro, seria, conseqüentemente, o parágrafo primeiro do artigo primeiro do projeto em exame extensível a esta disciplina? Aplicar-se-iam suas disposições às relações processuais penais eleitorais? Como já dito, é bem melhor esclarecer no texto da própria lei que esperar a pacificação pretoriana.¹⁶⁶²

Demonstramos, no item 04 do capítulo 05, recorrendo a Manfredi Mendes de Cerqueira¹⁶⁶³ e a Fávila Ribeiro, que a expressão *direito processual* (eleitoral) designa um ramo distinto da ciência do direito, excluindo-se os processos legislativo e administrativo. De forma que a diferenciação entre o direito processual eleitoral e as outras espécies do gênero processo não se revela uma distinção de conteúdo temático.¹⁶⁶⁴ No mesmo sentido verificamos com Tito Costa que não é o fato de não possuímos um código de processo eleitoral que afasta a autonomia científica dessa disciplina – o processo administrativo é considerado disciplina distinta das demais congêneres processuais, mesmo sem possuir um código de processo administrativo –, pois o código eleitoral, a lei das inelegibilidades, lei orgânica dos partidos políticos e outras, têm por objeto, ao mesmo tempo, preceitos materiais e processuais.¹⁶⁶⁵

Quanto ao processo administrativo verificamos no capítulo quatro que a maior parte dos doutrinadores considera-o como um ramo distinto dos demais pertencentes ao gênero processo. Mesmo em se considerando o processo administrativo como envolvido de uma relação jurídica processual atípica (vide item 11 do capítulo 04), não há como deixar de reconhecer sua autonomia no âmbito da ciência processual.

Com base nesses argumentos sustentamos que o parágrafo primeiro do artigo primeiro o projeto de lei nº 5828-2001 deve abranger as demais espécies de direitos

¹⁶⁶¹ CARNEIRO LEÃO, Nilzardo, ap. RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 550-60.

¹⁶⁶² A recentíssima doutrina que se destina a comentar o projeto da AJUFE já conta afirmação no sentido de se abranger a todos os ramos do direito processual: “O que vale dizer, em todos os âmbitos do Poder Judiciário, em todos os níveis de prestação jurisdicional, será permitida a utilização do meio eletrônico voltado a prática de atos processuais, ficando, pois, definido o caráter de abrangência, de sorte a universalizar e difundir o ‘e-processo’”. BRUNO, Gilberto Marques. *O e-processo – a iniciativa da associação dos juizes federais do Brasil em busca da informatização do processo judicial*. www.direitonaweb.adv.br

¹⁶⁶³ MENDES DE CERQUEIRA, Manfredi, op. cit. p. 129.

¹⁶⁶⁴ RIBEIRO, Fávila, op. cit. p. 541-2.

¹⁶⁶⁵ COSTA, Tito. *Recursos em matéria eleitoral*. 4. ed. São Paulo: RT, 1992, p. 20-1.

processuais. Evitar-se-ia problemas com este dispositivo, simplesmente se sua redação ficasse da seguinte forma: “*O disposto nesta lei aplica-se, indistintamente, a todas as espécies de processos, judiciais e administrativos*”. Com isto restariam suprimidas as controvérsias acima apontadas. Registre-se, por fim, que, sequer, mencionamos a exclusão do processo judicial tributário, para muitos, já tido como ramo autônomo do gênero processo, bem como do direito processual penal militar.¹⁶⁶⁶

8. 2. A dispensa de apresentação dos documentos originais.

Consta do § 2º do artigo 1º, simplesmente, que “*O uso do meio eletrônico dispensa a apresentação dos documentos originais*”. Pois bem, é preciso delimitar precisamente o sentido e o alcance deste dispositivo, pois alguns problemas certamente advirão se não restar precisado, por exemplo, se uma simples cópia escaneada e enviada como documento de petições eletrônicas deve, ou não, ser considerada como *documento eletrônico*. É óbvio que essas cópias não podem ser envolvidas pelo conceito de documento eletrônico, pois nos termos da Medida Provisória nº 2.200, de 2001, os documentos eletrônicos devem ser ‘assinados’ com ‘chaves certificadas’ por uma Autoridade Certificadora credenciada pelo Comitê instituído.

Este parágrafo deve ser interpretado em conjunto com o artigo 2º do projeto nº 5828-2001, que diz: “*O envio de petições, de recursos e demais peças processuais por meio eletrônico será admitido àqueles que se credenciarem junto aos órgãos do Poder Judiciário*”.¹⁶⁶⁷

Constata-se que o D.P.R. 123/2001 foi mais cuidadoso com o problema da certificação da documentação eletrônica, na mediada em que distinguiu entre *documento informático*, *duplicata de documento informático* e *documento probatório*, como vimos no

¹⁶⁶⁶ NERY JÚNIOR e NERY, Rosa, por exemplo, distinguem a jurisdição militar das demais, como apontamos alhures. Vide op. cit. p. 372.

¹⁶⁶⁷ Sem grifos no original.

item 11.7 deste capítulo. Elogie-se a norma italiana, pois uma coisa é o suporte probatório constituído integralmente com base nos recursos da tecnologia, outra é uma cópia eletrônica de um documento cartáceo. Para deter a mesma força e validade de um documento cartáceo, é preciso, portanto, que as cópias eletrônicas sejam *certificadas* por autoridades competentes. Aliás, essa preocupação foi expressa no artigo 1º da Medida Provisória nº 2.220/2001, tendo a ICP-Brasil sido instituída com o escopo de “... *garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras*”.¹⁶⁶⁸ Ora, esta disposição, frise-se, não conflita nenhum dispositivo do projeto de lei nº 5828-2001, pelo contrário, complementa-o. Sendo certo que o *credenciamento* requerido pelo artigo 2º do projeto de lei nº 5828-2001 deve ser exigido em qualquer caso de transporte de documento eletrônico em processo judicial.

A forma brasileira de credenciamento é bem mais simplificada que a italiana. O D.P.R. 123/2001 prevê dois gestores de acesso ao sistema SIC: um central e outro local. O projeto de lei brasileiro estatui que apenas os tribunais e juízos brasileiros podem credenciar advogados, ao passo que a realidade telemática peninsular confere até mesmo a empresas privadas a prerrogativa de gerirem *pontos de acesso* ao sistema informático

¹⁶⁶⁸ “*Criticando a omissão do projeto nº 5.828/2001, em relação à problemática da assinatura digital e dispensa de envio dos documento originais, Marcos da Costa e Augusto Tavares Rosa Marcacini assim se manifestam: “Com uso das assinaturas digitais, o documento eletrônico é o original, sendo que nele próprio poderão ser verificadas a autenticidade e integridade da declaração emitida. A impressão em papel dessa modalidade de documento é que se torna cópia dele. É impreciso, portanto, falar-se em dispensa do original nesse caso, já que original é o próprio documento gerado e transmitido por meios eletrônicos. De outro lado, se o original se apresenta em papel, isto é, o documento foi originariamente produzido assim, com assinaturas manuscritas, jamais será possível dispensá-lo totalmente, porque qualquer alegação de falsidade material, ou de divergência de conteúdo com a cópia eletrônica, só poderá ser apurada analisando-se o corpo do documento original, que, no caso, é o papel. Em qualquer dos dois casos, portanto, equivoca-se o Projeto de Lei ao pretender dispensar originais. Na verdade, a própria Lei nº 9.800/99 já permite aquilo que os autores do Projeto certamente desejam, pois tal diploma exige apenas que sejam apresentados os “originais”, que não devem ser confundidos com petições “em papel”. É que a petição eletrônica digitalmente assinada pelo advogado há de ser considerada “original”, já que a assinatura digital dá ao documento eletrônico a possibilidade de conferência de autenticidade e integridade. Logo, uma petição assim assinada e enviada eletronicamente é o original, de modo que a exigência contida na lei é cumprida imediatamente, não sendo aplicável, evidentemente, a fixação do prazo de cinco dias para a prática de ato já realizado. O substitutivo apresentado pelo Senador Osmar dias, consagrando o uso de assinaturas digitais, consolida este entendimento e a possibilidade de envio de petições eletrônicas originais, com assinatura*”. COSTA, Marcos da e MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Duas óticas acerca da informatização dos processos judiciais*, p. 4. www.mundojuridico.adv.br

civil.¹⁶⁶⁹ O § 1º do artigo 2º projeto de lei nº 5828-2001, dispondo de modo genérico, estabeleceu: “*O credenciamento far-se-á mediante procedimento no qual esteja assegurada a adequada identificação do interessado*”.¹⁶⁷⁰ É curial que os tribunais poderão regulamentar os requisitos desse procedimento, respeitando-se, obviamente, os limites da autonomia administrativa prevista no artigo 99 da Constituição Federal. De toda forma os tribunais e juízos deverão proporcionar um registro específico para o advogado credenciado, bem como os meios teleinformáticos de acesso ao sistema, nos termos do § 2º do artigo 2º do projeto de lei nº 5828-2001, que ainda exige a preservação do sigilo, identificação dos que acessaram o sistema e a autenticidade de cada uma das comunicações.

Outorgou-se aos tribunais de segunda instância (§ 3º do artigo 2º) a possibilidade de estabelecimento de um cadastro único abrangendo todos os juízos que lhe estiverem vinculados.¹⁶⁷¹ E o artigo 8º facultou aos órgãos judiciais o desenvolvimento de sistemas teleinformáticos com o objetivo de proporcionar o acesso à jurisdição telemática.¹⁶⁷² Os requisitos desses sistemas constam do parágrafo único do mesmo artigo: “*I – aviso automático de recebimento e abertura das mensagens; II – numeração automática ou outro mecanismo que assegure a integridade do texto; III – protocolo eletrônico das mensagens transmitidas, especificando data e horário; IV – visualização do*

¹⁶⁶⁹ RIEM, op. cit. p. 229.

¹⁶⁷⁰ Isto vem gerando protestos por parte dos advogados: “*A palavra “credenciamento”, usada no Projeto de Lei, não tem o conteúdo de mero cadastramento: tem significado bem mais amplo, que envolve autorização, habilitação, capacitação. O que vale dizer: o advogado, para peticionar, precisaria pedir autorização ao Poder Judiciário. Isto viola prerrogativa essencial da advocacia, colocando-a, a pretexto de necessidade tecnológica inexistente, em posição de subordinação aos Tribunais. Não se diga que o credenciamento será facultativo. Será, ao contrário, obrigatório, para todos os que quiserem usar de meios eletrônicos, cada vez mais difundidos e necessários, para a prática de atos processuais. Por outro lado, na medida em que um Tribunal credencia um advogado para exercer sua atividade por meio eletrônico, assume, para si, responsabilidade que não lhe cabe, a de controlar quem pode advogar. Isso é premissa inafastável de um credenciamento. Afinal, antes de permitir o acesso aos seus sistemas de petições, o Tribunal precisará verificar se o solicitante tem ou não capacidade postulatória. É de se perguntar: e se, eventualmente, alguém que não for advogado requerer o credenciamento e o Tribunal o credenciar? Quem será responsável por eventual dano que isso venha a causar a um cidadão, que outorgar procuração para defesa de seus direitos a quem, embora não advogado, tenha sido credenciado por Tribunal a exercer a função de representação?*”. COSTA, Marcos da e MARCACINI, Augusto Tavares Rosa, op. cit. p. 5.

¹⁶⁷¹ Vejamos a literalidade dos §§ 2º e 3º do projeto 5.828: “§ 2º *Ao credenciado será atribuído registro e meio de acesso ao sistema, de modo a preservar o sigilo, a identificação e a autenticidade de suas comunicações. § 3º Os órgãos respectivos de Segunda Instância poderão criar um cadastro único para as Justiças respectivas*”.

¹⁶⁷² Caput do artigo 8º: “*Os órgãos do Poder Judiciário poderão desenvolver sistemas de comunicação de dados, com distribuição de programa de acesso aos cadastrados nos termos do art. 2º, que será de uso obrigatório nas comunicações eletrônicas de que cuida esta Lei*”.

arquivo para confirmação de seu teor e forma antes do envio; V – proteção dos textos transmitidos, obstando alterações dos arquivos recebidos; VI – armazenamento por meio eletrônico dos atos praticados, bem como dos acessos efetuados na forma desta Lei”. Inicialmente constata-se que o *caput* do artigo 8º foi pródigo em relação ao desenvolvimento de sistemas de acesso à jurisdição. O ideal seria a existência de um sistema único que pudesse ser utilizado por toda a magistratura, mediante aderência de cada órgão jurisdicional.¹⁶⁷³ O projeto, porém, confere atribuição a todos os órgãos integrantes do Poder Judiciário o desenvolvimento de sistema de acesso, o que pode gerar gravíssimos problemas de incompatibilidade na comunicação entre os tribunais e juízos. No mínimo, dever-se-ia tomar a cautela de se estabelecer que os sistemas a serem desenvolvidos por cada tribunal e juízo obedecessem a padrões mínimos de compatibilidade informática.

8.3. Da comunicação dos atos processuais e dos prazos.

O projeto faculta a comunicação dos atos processuais através de via telemática. Não há imposição de que a ciência às partes e interessados dê-se de modo exclusivamente telemático, pois o artigo 4º apenas dispôs no sentido de que “*A publicação de atos e de comunicações processuais poderá ser efetuada por meio eletrônico...*”. A solução é boa por não excluir a comunicação por via cartácea. Assim, o projeto permite uma adaptação paulatina para os órgãos jurisdicionais brasileiros virem a se munir do *know-how* tecnológico mínimo a fim de implementarem a plenitude da teletamização processual. Vimos que na Itália o D.P.R. 123 admite a prática de atos processuais pelo depósito em juízo do respectivo suporte informático contendo o ato ou a prova a ser produzida. Mas lá, repita-se, as partes têm o dever de produzir atos processuais em conformidade com os parâmetros técnico-teleinformáticos de mídia eletrônica. A norma legal italiana foi mais

¹⁶⁷³ Sobe o assunto, relembre-se a lição de Lázaro Guimarães, mencionado no item 5 do capítulo 17, que advertia sobre a implantação de vários sistemas em diversas cortes de justiça do Brasil, porém, incompatíveis entre si, o que ocasionou severa dificuldade no intercâmbio entre magistrados do Brasil. GUIMARÃES, Lázaro. O computador. Meio de acesso à justiça. *AJUFE – Revista da associação dos juízes federais*, 1994, p. 30-31.

rigorosa que a brasileira, quanto à imposição de dever processual aos advogados em atestarem a integridade dos documentos produzidos com a aposição de sua firma digital. Também foi mais minudente ao estatuir que os documentos devem conter índice das matérias pertinentes ao conteúdo e que os autos informáticos devem ser numerados. O projeto brasileiro é omissos a esse respeito, possibilitando, portanto, a ocorrência de atos atentatórios à boa-fé processual e à dignidade da jurisdição telemática, salvo se se aplicarem as regras da MP 2.200-2001, como defendemos.

O projeto nacional prevê como data da publicação dos atos processuais a da disponibilização dos dados no sistema eletrônico para consulta externa, fluindo o prazo a partir do primeiro dia útil seguinte ao da publicação (artigo 4º). Restou mantida a forma de contagem dos prazos processuais estabelecida no artigo 184 do código de processo civil brasileiro, tal como examinamos no capítulo 12. Impõe aos advogados o ônus processual de consultar as páginas eletrônicas dos tribunais de modo semelhante ao que hoje acontece com os diários oficiais: considera-se publicado o ato a partir do momento da circulação do diário oficial. Embora o projeto tenha sido omissos não há como se deixar de exigir o requisito constante do § 1º do artigo 236 do CPC, que considera indispensável ao ato publicado no DO mencionar os nomes das partes e de seus advogados, de modo suficiente à respectiva identificação, tudo isso sob pena de nulidade processual.

Resta saber como se procederá com os não raros problemas de acesso aos sites, às vezes causados por congestionamento na rede telemática e outras vezes por problemas internos de manutenção ou de pane nos *softwares* e *hardwares*. Nestas situações é claro que as partes não podem ser prejudicadas, devendo-se considerar publicado o ato a partir do dia da ‘circulação’ (no sentido de visibilidade) na rede, e quando houver um destes problemas com a fluência do prazo já em andamento, o dia em que a informação processual não puder ser acessada normalmente deve ser restituído à parte com dever de praticar o ato. E ainda, o artigo 238 do CPC restará revogado, em parte, pois determina que as intimações devem ser feitas às partes, aos seus representantes legais e aos advogados **pelo correio**, quando não estiverem presentes em cartório, caso em que será procedida diretamente pelo escrivão ou chefe de secretaria. Ora, segundo o artigo 238 isso deve ocorrer sempre que a lei não dispor de modo diverso, e é exatamente isso – dispor de modo diverso – o que faz o projeto da

AJUFE. Assim, o artigo 238 do CPC ficará revogado em relação à sua parte inicial, mas não quanto à parte final já que o projeto nº 5828-2001 não proíbe a intimação feita pelo chefe de secretaria. O mesmo ocorrerá com os seguintes dispositivos:

a) § 2º do artigo 242, que determina a intimação pessoal dos advogados quando houver antecipação da audiência;¹⁶⁷⁴ b) § 1º do artigo 267, que determina a extinção do processo quando a parte autora, intimada pessoalmente, para adotar providências pertinentes ao andamento do feito, deixar: o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência, ou não promover os atos e diligências que lhe competir, abandonando a causa por mais de 30 (trinta) dias; c) o § 1º do artigo 343, que estabelece a intimação pessoal da parte a ser ‘interrogada’ em audiência de instrução e julgamento; d) o artigo 611, que requer a intimação pessoal do devedor após o julgamento da liquidação; e) o § 5º do artigo 687, que, impõe a intimação pessoal do devedor acerca do dia, hora e local da arrematação em processo de execução.

O artigo 5º do projeto nº 5828-2001 revoga também o § 2º do artigo 236 do CPC, pois este dispositivo manda que a intimação do Ministério Público, em qualquer caso, deve ser feita pessoalmente. Aquele dispositivo, todavia, diz: *“Nos casos em que a lei processual exigir a intimação pessoal, as partes e seus procuradores, desde que previamente cadastrados de acordo com o art. 2º, serão intimados por correio eletrônico com aviso de recebimento eletrônico”*. Não apenas o Ministério Público, mas também as autoridades do Poder Executivo e os Defensores Públicos poderão ser intimados pelas vias telemáticas. Nestas situações, que em conformidade com o princípio da isonomia processual, deve a norma incidir sempre, independentemente da ‘qualidade’ ou ‘prerrogativa’ da parte, os prazos começarão a fluir no primeiro dia útil seguinte ao retorno do aviso de recebimento. E quando este não retornar em cinco dias a intimação deve ser feita nos termos determinados no artigo 4º.¹⁶⁷⁵

¹⁶⁷⁴ § 2º do artigo 242 do CPC - Havendo antecipação da audiência, o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, mandará intimar pessoalmente os advogados para ciência da nova designação.

¹⁶⁷⁵ Art. 4º do projeto nº 5828-2001 – *“A publicação de atos e de comunicações processuais poderá ser efetuada por meio eletrônico e considerada como data da publicação a da disponibilização dos dados no sistema eletrônico para consulta externa. Parágrafo único. Os prazos processuais terão início no primeiro dia útil seguinte ao da publicação feita na forma deste artigo”*.

As cartas processuais, enfim, restarão telematizadas.¹⁶⁷⁶ Segundo o artigo 6º do projeto todas as comunicações oficiais que transitem entre órgãos do Poder Judiciário, bem como entre os deste e dos demais poderes, far-se-ão preferencialmente por meio eletrônico. Não se excluiu a possibilidade de comunicação cartácea, mas tal como já acontece com o Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, as cartas processuais serão processadas através de recursos telemáticos. A expressão *preferencialmente* no texto do artigo 6º denota preocupação com órgãos jurisdicionais que ainda não estão tecnologicamente equipados. Entretanto, o artigo 7º do projeto nº 5828-2001 impôs às pessoas jurídicas de Direito Público, aos órgãos da administração direta e indireta e suas representações judiciais o dever de disponibilizar, dentro de cento e vinte dias da publicação da Lei futura, se aprovada no Senado, serviço de recebimento e envio de comunicações de atos judiciais por meio eletrônico.¹⁶⁷⁷

O projeto nº 5828-2001 põe fim à discussão sobre a controvertida questão da utilização da tecnologia na experiência forense. O seu artigo 9º permite a redução a termo dos atos processuais com o emprego de tecnologia de gravação de som, imagem ou reconhecimento de voz, a critério do juízo, não mais permitindo digressões quanto à licitude do emprego de recursos tecnológicos no processo judicial. Por fim, o artigo 10 faculta conservação total ou parcial dos autos processuais em ambiente digitalizado. E o artigo 11 sacramenta uma prática que hoje é concretizada através de convênios, admitindo que os juízes possam requisitar, por via eletrônica, dados constantes de cadastros públicos, essenciais ao desempenho de suas atividades, observando-se, porém, o dever de se decidir fundamentadamente.¹⁶⁷⁸

¹⁶⁷⁶ Isto, aliás, foi renunciado no item 06 do capítulo 12.

¹⁶⁷⁷ Mas o parágrafo único do artigo 7º excetua: “As regras desta Lei não se aplicam aos Municípios, enquanto não possuírem condições técnicas de implementação de sistemas eletrônicos”.

¹⁶⁷⁸ Para tanto, os três parágrafos do artigo 11 esclareceram que: “§ 1º Consideram-se cadastros públicos essenciais, para os efeitos deste artigo, dentre outros existentes e que venham a ser criados, ainda que mantidos por concessionárias de serviço público ou empresas privadas, os que contenham informações necessárias a alguma decisão judicial. § 2º O acesso de que trata este artigo dar-se-á por meio de conexão direta informatizada, telemática, via cabo, acesso discado ou qualquer meio tecnológico disponível. § 3º Os órgãos que mantêm os registros de que trata este artigo, no prazo de noventa dias, contados a partir do recebimento da solicitação, disponibilizarão os meios necessários para o cumprimento desta disposição”.

Em conclusão, constata-se que o processo telemático brasileiro surgirá trazendo incomensuráveis soluções para se minorar a crise de efetividade processual, mitigando o rigor das formas, compactando o processo, instituindo definitivamente a jurisdição tecnológica. Por outro lado, e considerando a aprovação legislativa sem mais alterações pelo Senado Federal, pecará: por não ter estendido a telematização para os processos administrativo, tributário e eleitoral; por não haver disposto sobre a necessidade de certificação documental digital; por não instituir a firma digital dos advogados; por não lhes exigir declaração de veracidade quanto à autenticidade documental; por não haver abolido a necessidade de ser pôr o feito em mesa para julgamento, conforme determinam o CPC e os regimentos internos dos tribunais na atualidade;¹⁶⁷⁹ por não exigir a subscrição da firma digital das partes e das testemunhas depois de prestarem depoimento em juízo; por não exigir que o chefe de secretaria subscreva os atos de conclusão com aposição de firma digital, consignando o dia, a hora e o minuto; por não estipular a indexação dos documentos apresentados; por não regular o problema da assinatura digital de sentenças e acórdãos.

E mais, da forma como está posto o projeto nº 5.828/2001, se não forem observadas as regras da ICP-Brasil, as cópias simplesmente digitalizadas não poderão ser consideradas como documentos eletrônicos.¹⁶⁸⁰

9. O processo virtual como gênero das espécies: processo telemático e processo cibernético.

¹⁶⁷⁹ No CPC temos os artigos: a) 537 determinando que “O juiz julgará os embargos em 5 (cinco) dias; nos tribunais, o relator apresentará os embargos **em mesa** na sessão subsequente, proferindo voto”; b) 557 O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior. § 1º-A - Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. § 1º - Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo **em mesa**, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento..

¹⁶⁸⁰ Sobre a distinção entre documento eletrônico e cópias de documentos eletrônicos, veja-se o item 6.7 deste capítulo.

Até aqui comprovamos que a telematização do fenômeno processual é já uma realidade na Itália e o será em breve também no Brasil. Isso, por si só, já representa material suficiente para a proposição de uma nova *Teoria Geral do Processo*, tanto que na Itália já começam a surgir obras históricas para o processo civil, como a de Glauco Riem e a de Francesco Buffa, ambas com o mesmo título: “*Il processo civile telematico*”, estão a denunciar uma nova era na experiência jurídica. Entretanto, temos razões deveras convincentes para prever que o emprego da inteligência artificial ao direito irá instituir, em paralelo, e com integral compatibilidade com o processo telemático, o processo cibernético.

Para arrematar, e a bem de nossa taxonomia, não se deve confundir o processo digital (eletrônico) com o telemático e o cibernético. *Processo digital* representa o fenômeno pelo qual uma relação jurídica processual desenvolve-se em ambiente eletrônico-informático, consiste na digitalização de autos cartáceos ou na concepção digitalizada de uma demanda, desde a propositura. Não dispensa, pois, o emprego da tecnologia eletrônica. O estudo das experiências concretas, por sua vez, demonstra que a expressão *processo telemático* designa o fenômeno processual efetivado através de meios informáticos e telemáticos. Aqui temos processo digital mais transporte telemático de dados jurídicos. Poder-se-ia preferir mesmo a expressão *processo teleinformático* para designar este fato, entretanto, a experiência doutrinária italiana surgida neste contexto denomina de *processo telemático* a efetivação do processo por meio de recursos tecnológicos informático-telemático. Assim, e para não gerar confusões denominativas acerca da mesma temática adotamos o jargão *processo telemático*, para aquele fim. Por outro lado, não há que se misturar situações fáticas distintas com a mesma nomenclatura. Por isso, denominamos de *processo cibernético* o fenômeno representativo da efetivação de uma relação jurídica processual através de métodos informáticos, telemáticos e cibernéticos. Ambos os conceitos, todavia, integram um único universo a que chamamos de *processo virtual*. Tanto o processo telemático quanto o cibernético integram a ‘realidade virtual’ forense e científica. Mas este representa um plus em relação àquele, pois além do emprego de meios informáticos e telemáticos, que proporcionam a digitalização de peças processuais e o seu envio por redes computacionais, também utiliza a inteligência artificial na tomada de decisões judiciais. Esta última característica é restrita ao processo cibernético.

Passemos a estudar este outro fenômeno, para, ao final, arrematarmos com a nossa proposição teórica que alicerçará uma nova TGP.

10. Do processo cibernético.

A telematização do processo judicial constitui um grande e irrenunciável avanço humanitário. Entretanto, ela representa um fenômeno incompleto da experiência do direito cibernético, na medida em que não avançou, ainda, na adoção de programas expertos concebidos com o recurso da inteligência artificial na resolução de casos concretos, salvo algumas experiências isoladas. A telematização do processo está para a TGP juscibernética assim como o direito teleinformático está para o direito cibernético. A adoção de métodos cibernéticos na dinâmica processual redundará num outro fenômeno: o processo cibernético, que também será telemático e digital-eletrônico, mas com o diferencial da presença de um novo ser social proferindo decisões judiciais: o computador eletrônico inteligente. É fato indiscutível que a aplicação da tecnologia à experiência jurídica pode consistir na processualização de métodos cibernético-wienerianos, tais como o *feedback* e a predição. Vejamos.

11. Metodologia cibernética wieneriana aplicada ao processo: predição, retroalimentação (feedback) e entropias (materiais e processuais).

Na Europa a aplicação da cibernética ao direito verteu-se para o direito processual e iniciou-se sob a orientação do condutivismo próprio da escola behaviorista - restrição da psicologia ao estudo objetivo dos estímulos e reações verificadas no mundo físico, com desprezo total dos fatos anímicos ou psíquicos.¹⁶⁸¹ Preocupava-se, primordialmente, com a análise quantitativa do comportamento judicial, para, em

¹⁶⁸¹ AURÉLIO, Dicionário Eletrônico.

estabelecendo estatisticamente a eficácia das disposições normativas, chegar-se à previsão das decisões futuras, as quais deveriam manter uma acentuada aproximação com as proferidas no passado. Assim, com o emprego dos computadores eletrônicos poder-se-ia obter índices do comportamento judicial com uma celeridade e comodidade nunca dantes vista. Mas não podemos olvidar que Loevinger de certa forma já havia teorizado isto.

Como a aplicação do direito, todavia, não é tarefa exclusiva do judiciário, também o processo administrativo foi objeto de estudo da aplicação da cibernética na resolução de lides administrativas. Considerando que o processo administrativo constitui-se em espécie do gênero **processo**, ao lado do processo civil, penal, etc, a cibernetização processual envolve um conjunto de *feedbacks*.¹⁶⁸² Foi Wiener quem formulou a teoria da **realimentação** ou **feedback**, observando que o resultado de uma ação acarreta outra, que, por sua vez, insufla o nascimento de uma terceira e assim sucessivamente.¹⁶⁸³ Antes da elaboração da teoria da **realimentação** Wiener, ao estudar as características curvilíneas dos vãos, primeiramente concluiu sua teoria da **predição**, significando que a previsão do futuro de uma curva resulta de determinada operação analítica sobre o seu passado.¹⁶⁸⁴

Limongi França usa a expressão **retroalimentação** com a mesma significação wieneriana. A **retroalimentação** implica na presença de um subsistema planejado com o fito de obter ou manter o controle.¹⁶⁸⁵ A **realimentação**, pois, afigura-se como um meio de controle aonde a verificação de determinado comportamento num dado sistema, norteia-se através de mensagens que visam a instruir a despeito do estado de coisas atuais e sua conformidade, ou não, com o comportamento-regra. Para Mario Bunge, este processo afasta-se das séries lineares e unilaterais, constituindo um verdadeiro ciclo causal atuando nos mecanismos dotados de autocorreção, onde causa e efeito mantêm uma relação de causalidade recíproca e que não fluem numa mesma direção. O fator decisivo que converte este *ciclo* num sistema auto-regulado encontra-se no fato de as determinantes do sistema

¹⁶⁸² Em relação à aplicação da Juscibernética à Administração Pública, Georges Langrod fala na existência de *feed-backs*, nos quais a própria Administração é concebida como “... *un complejo mecanismo compensador cuya acción obedece, en cierto sentido, a una serie heterogénea de diversos feed-backs, mientras la actividad administrativa representa, ante todo, un conjunto de informaciones a transformar y difundir*”. Ap. LUÑO op. cit. página 75.

¹⁶⁸³ LOSANO. Lições de Informática Jurídica, p. 9-10.

¹⁶⁸⁴ WIENER, ap. GARCIA, Santis, op. cit. p. 26.

¹⁶⁸⁵ FRANÇA, Limongi. Cibernética jurídica, revista de direito civil, nº 37, p. 120-121.

constituírem-se num ciclo de fatores interdependentes. Com base nesses argumentos Bunge propõe a adoção da expressão **ciclo causal** em substituição à **realimentação**.¹⁶⁸⁶ Preferimos, porém, manter a originalidade wieneriana adotando a expressão realimentação ou mesmo retroalimentação.

Neste contexto, o processo é um perfeito ambiente para ser representado pela técnica da retroalimentação, e isto pode ser afirmado num duplo sentido: seja quanto ao aspecto de se corrigir entropias jurídicas materiais, representadas pelas ameaças de violação ou mesmo pela efetiva violação a direitos subjetivos, a qual denominamos de entropia jurídica estático-material, vez que a dialética processual a apanha num tempo já pretérito; seja quanto ao aspecto de se corrigir entropias verificadas no âmbito da própria relação jurídica processual, através da atividade sanatória do juízo, a qual denominamos de entropia dinâmico-processual. Ambas são apanhadas pela predição dês que haja possibilidade processual para sanação da entropia – em alguns casos isso não será possível, seja por erro advocatício, seja por erro judicial, seja pela superveniência da prescrição ou da decadência que impossibilitam o controle jurisdicional.

Ainda merecem apreciação as proposições racionalistas de Knapp e Luño, as quais passaremos a abordar, vejamos.

12. Pela processualização da metodologia: o juiz e sua função retroalimentadora.

Uma análise do racionalismo de Knapp e de Luño.

A metodologia jurídica aplicada ao *direito cibernético* demonstra que suas instâncias fundamentais são: a metodologia da investigação jurídica, - que pretende aproximar o fenômeno jurídico de sua realidade histórica e social; o método de elaboração, interpretação e aplicação do direito; e, finalmente, a metodologia dos valores e da

¹⁶⁸⁶ BUNGE, ap. GARCIA, op. cit. p. 60-61.

experiência jurídica. As relações entre essas três circunscrições afetam sobremaneira o raciocínio jurídico-cibernético.

O funcionamento do processo mental humano envolve toda uma cadeia de neurônios que transmitem impulsos em sucessão, ao passo que as máquinas eletrônicas (*hardware*) funcionam segundo o sistema binário. Para traçar o paralelismo entre as duas formas de “raciocinar”, podemos, seguindo o exemplo de Luño, recorrer ao diálogo platônico ‘O sofista’. Nele, os protagonistas examinam uma série de ramificações sucessivas acerca de uma definição essencial onde todas as artes são: de produção, ou de aquisição. Quem pratica pesca, por exemplo, opera uma arte de aquisição. Todavia, a arte de aquisição subdivide-se em arte de persuasão e arte de captura, a qual pertence o pescador. A captura, por sua vez, pode concretizar-se através de uma luta franca ou de uma caçada. A caçada, pode ainda incidir sobre espécies animadas ou inanimadas, etc.¹⁶⁸⁷

O diálogo segue sempre com uma forma de raciocinar bifurcada, ou seja, para cada solução propõem-se apenas outras duas interrogações: respondendo **não** a uma delas, a mesma, automaticamente, estará descartada; respondendo-se **sim** a outra e seguindo-se à próxima dicotomização que ela sugere. Pois bem, o computador eletrônico, ao executar uma dada mensagem, raciocina de maneira bastante parecida com a dos interlocutores de “O Sofista”, ou seja, diferentemente do homem, ele apenas pode escolher, em nível de *hardware*, entre duas possibilidades: sim ou não, **0** ou **1**. A isto se denomina de método binário.

Considerando o direito sob o aspecto processual, ou, noutras palavras, processualizando a metodologia, a interpretação e aplicação da norma pelo juiz oferece-nos um campo de estudo bastante interessante para uma valoração das possibilidades de substituição do raciocínio jurídico pelo raciocínio cibernético, onde o campo para a atuação da cibernética é favorecido pela mecânica da função judicante. Esta visa, essencialmente, averiguar se a hipótese fática subsume-se à hipótese abstrata prevista na norma (princípio ou regra) regente da matéria e, em caso positivo, aplicar as consequências jurídicas estabelecidas no preceito.

¹⁶⁸⁷ LUÑO, op. cit. p. 93

Não resta dúvida que a aplicação da cibernética à prática forense, implica, sob certo aspecto, numa redução do raciocínio jurisprudencial à limitação dos métodos cibernéticos. Como demonstra Knapp, se por um lado a **interpretação** do direito constitui-se num processo lógico que pode realizar-se nos albores da lógica formal, por outro, a sua **aplicação** não pode prescindir do raciocínio dialético, deveras complexo. Isto não significa que o raciocínio dialético desconheça ou possa violar as regras da lógica formal, mas sim está a indicar que esta é insuficiente para a interpretação e aplicação do direito. Com suas matemáticas finitas não é capaz de avocar para a circunscrição de seu âmbito a concreção evolutiva dos fenômenos jurídicos na infinitude de seus aspectos, donde se conclui que as máquinas cibernéticas, até então concebidas, não são capazes de representar o pensamento jurídico em sua completude dialética.¹⁶⁸⁸

Mas tem cabimento a ponderação de que as técnicas de programação de alto nível já permitem o emprego da linguagem natural para descrever determinadas situações fáticas de maneira compreensível à máquina computacional. Para tanto, socorre-se do sistema de arquivamento de informações em bancos de dados ou mesmo arquivos vetoriais, cujos dados arquivados (gravados em mídia eletrônica) permanecem no seu estado natural e cujos “comandos” traduzem-se em expressões idiomáticas comuns, observando-se apenas um formato padrão pré-definido. A hipótese formulada por Knapp se constitui num simplório exemplo, já ultrapassado pelo advento da programação de alto nível, de como a cibernética pode traduzir a realidade forense numa realidade juscibernética, através de uma linguagem

¹⁶⁸⁸ Viktor Knapp nos oferece um exemplo de como a cibernética pode ser aplicada à jurisprudência, transformando a complexa realidade social numa representação analógica e simplificada desse contexto, tomando-se por base uma sentença de divórcio, onde cada possibilidade fática é representada por dígitos binários compreensíveis à máquina eletrônica, consoante o ordenamento jurídico de seu país, vejamos a hipótese:

1-“Divorcio.....	00000000
2-Divorcio en presencia de hijos menores.....	00000001
3-Divorcio solicitado por el único cónyuge culpable.....	00000011
4-Separación.....	10000000
5-Irrelevancia de la sentencia de divórcio para los hijos menores.....	10000001
6-Consentimiento del otro cónyuge.....	10000011
7-Separación de larga duración.....	10000111
8-Interés público.....	11111111”

A partir desta codificação é possível construir várias possibilidades processuais através de proposições binárias. KNAPP, ap. LUÑO op. cit. p. 98-101.

binária, inteligível para o computador eletrônico. Mas, mesmo assim, deve-se assinalar que a linguagem ‘compreendida’ pelo elemento físico do moderno computador eletrônico continua sendo a binária, ainda quando se utilize a inteligência artificial através das moderníssimas ‘redes neurais’, isto sem prescindir-se, evidentemente, da lógica formal.

A generalizada maioria da doutrina juscibernética ao mesmo tempo em que admite o uso do computador eletrônico aplicado ao direito restringe-o, tão-somente, àquelas rotinas processuais cujo trabalho do magistrado é meramente repetitivo, rechaçando-se qualquer injunção no sentido da substituição do juiz nas fases decisórias de um processo que exija um raciocínio mais complexo e aprofundado. Nada obstante isto, o uso do computador com este desiderato é possível e factível, dês que se discorde, por exemplo, das malsinações de Knapp contra a insuficiência da lógica formal como meio solúvel e suficiente na interpretação das normas jurídicas, o que é plenamente factível, reconheça-se.

O paralelismo entre o raciocínio cibernético e o raciocínio processual pode sim afetar a atividade judicante no momento da decisão de qualquer processo, por mais dificultoso que seja. O direito positivo, considerado como um subsistema do sistema social com o qual se relaciona e do qual deriva, sempre foi concebido pelo brilhante Lourival Vilanova como uma *estrutura social* e inseparável do suporte fático que o instrui. O direito, como produto objetivo da cultura, é desenhado e fixado através de sistemas lingüísticos e é exatamente na linguagem onde se encontram as suas *estruturas lógicas*, ou, noutras palavras, as suas estruturas formais. Para a *Escola do Recife* a finalidade do direito é ordenar a conduta humana de maneira racional e, nesse contexto, a lógica constitui-se em sua expressão mais depurada, onde a forma lógica mais abrangente é o “ser-sistema”. Inseridos no sistema do direito positivo encontramos os seus elementos componentes e tais elementos são traduzidos em forma de *proposições*. Estas, por sua vez, para se constituírem obedecem às regras regedoras da sua formação. E tal formação, ao concretizar-se, elege hipóteses sociais consideradas como relevantes por quem detém o poder de legislar, obviamente, respeitando-se os limites estabelecidos pelos princípios jurídico-constitucionais inspirados pelo direito natural. Entretanto, se por um prisma a escolha valorativa dos conteúdos dos preceitos jurisdicizáveis é livre – dentro do campo da

liberdade legislativa e mesmo constituinte -, por outro, a materialização desse mesmo preceito normativo, invariavelmente, obedecerá às estruturas designadas pela linguagem humana. É simplesmente impossível que deixem de se sujeitar às relações lógicas, porque estas relações determinarão as *relações de implicação entre hipóteses e conseqüências*.¹⁶⁸⁹

A princípio, e respeitados os princípios, quem detém o poder de determinar os conteúdos dos preceitos normativos do direito é, tão somente, quem produz a norma, mas aqui não se nega a possibilidade de criação judicial da própria norma. Quem aplica a norma pode recorrer a um direito não necessariamente regido pelas normas estatais, pois nos parece que a melhor solução até então apontada para sopesar os excessos do positivismo é mesmo a derivada da doutrina alemã do pós-guerra a qual concebe a norma como o gênero envolvente das regras e dos princípios. Estes representam a instância máxima do direito não podendo o legislador confrontá-los, como vimos detalhadamente no capítulo 16.

A função primordial da lógica é ditar a forma e não o conteúdo das normas, a temática do conteúdo de qualquer preceito normativo jurídico é extralógica. As estruturas lógicas de um sistema jurídico apanham o ser-jurídico-concreto e o formalizam numa estrutura abstrata. Lógica não é ontologia, embora não seja razoável a defesa de um logicismo dela dissociado. Quando uma proposição elege determinada conduta humana como sendo juridicamente relevante, opera-se, a partir daí, um indisfarçável corte epistêmico entre aquilo que é realidade social e aquilo que significa, desde então, a realidade jurídica. Mas em casos de anormalidade sistemática consistentes em ameaça ou lesão efetiva a direito protegido por norma principiológica, o juízo lógico não pode sobrepor-se ao juízo justo. E este é verificado pelo juiz, ao menos por aqueles que sabem exercer a prerrogativa do exercício de sua parcela da soberania. Nesses casos de agressão a princípio jurídico verifica-se uma entropia sistemática que requer a atividade retroalimentadora do juiz para garantir a normalidade do ordenamento.

¹⁶⁸⁹ VILANOVA, Lourival em *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. Max Limonad, 1997, 89-91. Já defendemos que o conteúdo da norma jurídica podia atrelar-se a fatos considerados como *injustos* e nem por isso, por esse único motivo, deixaria de ser jurídica, uma tal norma. Hoje, consigne-se, a leitura de autores considerados como historicistas-hermeneutas, dentre os quais inclui-se Radbruch, Perelman, Dworkin, dentre outros, e, principalmente Nelson Saldanha, que nos influenciou mais de perto, deixamos de lado o apego formalista para admitir que além de “ordem” o direito é muito mais “hermenêutica”.

13. Kelsen: dinâmica processual e raciocínio juscibernético.

Considerando a normalidade sistemática, ou seja, respeitados os direitos e garantias constitucionais, os de última geração inclusive, a analítica de Kelsen é merecedora de elogios. O exame científico da norma, na visão de Kelsen, opera-se sob dois aspectos: num primeiro, sob o prisma *estático* enquanto reguladora da conduta humana de maneira abstrata e genérica, como por exemplo, o ilícito, a sanção, o dever, etc; num segundo, ela é estudada sob o aspecto *dinâmico* a surpreendendo no processo de sua elaboração ou aplicação, como por exemplo, a validade da norma, a unidade lógica da ordem jurídica, etc. O sistema jurídico é de natureza essencialmente dinâmica e as normas nele existentes prendem-se umas às outras de forma hierárquica. Desse modo, todas elas se encontram vinculadas em consonância com a norma de maior hierarquia, ou seja, com a Constituição. É um grande equívoco pensar-se que a visão kelseniana acerca da estrutura do sistema do direito positivo é meramente estática. É preciso entender-se que a visão formal do direito não veda sua dinâmica e nem se incompatibiliza com ela.¹⁶⁹⁰

Ao considerar a conduta humana regulada pela norma, ou, noutro senso, a norma regulamentadora da conduta humana, a norma enquanto conjunto sistemático posto num dado ordenamento jurídico, e, também, por outra óptica, como ato de produção, aplicação, ou determinação de condutas, é possível distinguir dois diferentes prismas jurídicos: um **estático** e outro **dinâmico**. O direito em seu momento estático constitui-se num conjunto de normas em vigor em determinado Estado, apreendido neste momento. Mas quando se observa o direito em seu momento dinâmico, a norma jurídica é apanhada no seu instante de criação ou de aplicação. Mas este processo de criação ou aplicação do direito não é regulado por qualquer outro saber, mas sim, é regulamentado pelo próprio direito e isto lhe atribui uma característica essencial: ele é; e quem o produz é ele

¹⁶⁹⁰ KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 207.

mesmo.¹⁶⁹¹ Eis aqui a visão autopoietica de Kelsen sobre o direito, aliás, sempre lembrada por Lourival Vilanova no sentido de que a teoria da autopoiese já havia sido, de certo modo, imaginada pelo mestre de Viena.

O raciocínio cibernético possui nítido caráter instrumental do tipo lógico-mecânico, que para substituir o raciocínio jurisprudencial, todavia, pressupõe a plena formalização da linguagem jurídica normativa. E está a depender das próprias condições da norma jurídica e do processo de sua elaboração, onde a lógica deontica pode proporcionar uma análise sistemática dos enunciados jurídico-normativos facilitando sua aritmetização, noutras palavras, facultando seu tratamento pelos computadores eletrônicos. Isto, porém, não pode ser interpretado no sentido de que a formalização propiciada pela lógica deontica e sua adequação ao plano prescritivo das normas implique numa identificação entre lógica deontica e o processo operacional físico do computador. Mas implica sim numa possibilidade de tal identificação, pois a lógica deontica compatibiliza-se com o processo operacional-computacional-eletrônico.

14. Nelson Saldanha: metodologia, relativização da verdade e ideologia.

Processualização e a superação da ‘ordem’ (da norma) e da lógica pela hermenêutica.

No tocante à metodologia, a argumentação de que a cibernética pode substituir a política legislativa por uma verdadeira ciência da legislação, pretendendo dotar a estrutura normativa produtora do direito legal de uma fundamentação científica, de maneira que a atividade legiferante estatal transforme-se numa investigação tecnicamente desenvolvida e ideologicamente neutra aparenta-se irreal.

A problemática das ideologias vicejou quando se concebeu a relatividade da própria verdade, que a partir de então passou a ser concebida como “*algo condicionado*”. Sempre que um comportamento relacionar-se com algum condicionamento social pode-se

¹⁶⁹¹ Neste sentido, confira-se Hans Kelsen. *Teoria Pura do Direito*. Martins Fontes, 1991. São Paulo, p. 78.

cogitar de ideologia. Desta forma, podemos pensar que sendo o conceito central do direito a norma jurídica (incluindo a norma principiológica), e considerando-se que esta sempre encerra um juízo de valor, refletindo, portanto, um comportamento estatal condicionado pela sociedade ou por grupos sociais detentores do poder legiferante, pensar numa neutralidade jurídico-ideológica constitui-se num verdadeiro contra-senso. O professor Nelson Saldanha, com seu peculiar brilhantismo, observa que assim como ocorre na vida econômica e cultural também a política e o direito obedecem e derivam dos compromissos sociais e, desde então, adquirem cunho ideológico e neste contexto: *“O poder, as formas de governo, as doutrinas políticas, bem como os códigos, a ordem jurídica e seus conceitos, tudo se torna ideológico...”*.¹⁶⁹²

Doutro turno, a aplicação do método legimétrico ao processo legiferante visando a um melhor aprimoramento técnico das normas, acabando com imprecisões, contradições e ambigüidades indesejáveis, a exemplo do ocorrido com o nosso CPC, com a edição da lei nº 9245 de 26 de dezembro de 1995, é algo indispensável. Esta lei que alterou o procedimento sumário excluiu deste rito a intervenção de terceiros, com exceção da assistência e do recurso de terceiro prejudicado, como está insculpido no seu artigo 280. Com isto acarretou infeliz contradição deste artigo com o de nº 70 do mesmo código que considera como **obrigatória** a denunciação da lide nos casos de evicção e isto quer significar, de acordo com a construção doutrinária e pretoriana alicerçada no artigo 1116 do Código Civil,¹⁶⁹³ que se o evicto não denunciar da lide o evictor não mais terá como reaver o prejuízo sofrido, exceto se admitirmos, como nos parece acertado, contra a dominante doutrina e contra texto expresso de lei (*caput* do artigo 70 do CPC), ação regressiva posterior e autônoma. Pois bem, imagine-se uma tal demanda onde o evicto seja demandado pelo procedimento comum sumário. Neste caso, ele encontrar-se-ia proibido de denunciar da lide ao terceiro evictor, porque o próprio código veda-o (artigo 280), nem teria como reaver o prejuízo sofrido posteriormente (artigo 70).

Não se pode, entretanto, olvidar que ao mesmo tempo em que a lei processual, contraditoriamente, assim obriga a proceder, a Constituição Federal, por seu turno, erigiu à

¹⁶⁹² SALDANHA, Nelson. Da Teologia À Metodologia - Secularização e Crise no Pensamento Jurídico, p. 90-91.

¹⁶⁹³ Atual artigo 456 do novo CC.

condição de cláusula pétrea, artigo 5º, inciso XXXV que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Estaremos então, diante de uma situação processual inexorável que obrigará o juiz, para atender ao dispositivo constitucional retro, a dar uma solução imprevista para casos dessa natureza, qual seja: convertendo o procedimento sumário para o ordinário; ou admitindo a denunciação no próprio procedimento sumário; ou ainda, negando a ambas, admitir a ação regressiva posterior. Enfim, o que não se pode admitir é que um cidadão sofra uma lesão patrimonial sem que a mesma possa ser reparada por conta de uma descuidada formulação legal.

Este é um típico exemplo no qual a lógica formal é inservível, pois as premissas legais são dissonantes com a justiça proporcionando conseqüências processuais injustas. O que orienta o raciocínio jurídico-justo neste caso é não a ordem, mas a hermenêutica; não é o legal, mas o justo.

Com objetivo de evitar contradições nos textos legais, mas sem o intuito de neutralizar a ideologia ou despolitizar o processo legislativo, é, sem dúvida, defensável a aplicação das técnicas e processos metodológicos próprios da legimetria na formulação ou reformulação das leis visando ao aprimoramento técnico da norma. A contradição lógica dos artigos 70 e 280 do código de processo civil, por exemplo, poderia ser evitada. Com isso estaríamos dentro do que denominamos de normalidade sistemática, ou seja, o evicto demandado pelo rito sumário poderia denunciar da lide e com isso teria plena aplicação da lógica formal dogmática, porque a solução era processualmente e materialmente falando justa.

O aprimoramento técnico da lei, frise-se, não é apenas defensável, outrossim, é *desejável*. Seu caráter ideológico, no entanto, estará sempre presente, independentemente de sua formulação provir de parlamentos legítimos ou de cúpulas autoritárias, legítimas ou não, detentores do poder de legislar. Demonstramos em nossa dissertação de mestrado que em alguns países o desenvolvimento cibernético já permite que cada nova lei publicada possa, seguramente, baseando-se em modernos bancos de dados, explicitar quais as normas legais anteriores foram por ela revogadas. Mostrou-se que em Quebec o processo legislativo é administrado por um sistema computadorizado capaz de ressaltar todas as

alterações sofridas por uma lei, fornecendo com segurança o direito vigente. Na Áustria, o Gabinete do Primeiro Ministro possui um setor com a incumbência específica de examinar projetos de lei, para verificar sua compatibilidade com a informática e de adaptá-los, se necessário. Caso o projeto venha a sofrer modificações adaptativas no Gabinete retornará ao Parlamento para novos debates e, caso não sejam aceitas as modificações, pode ser aprovado e transformar-se em lei ante a soberania do parlamento austríaco. No entanto, a aprovação de uma lei incompatível com a informática será sempre uma decisão consciente.¹⁶⁹⁴

À medida que a humanidade automatiza-se o direito que a regula deve adequar-se a tal automação compatibilizando-se com ela. E a codificação dos raciocínios efetuados a partir de informações unívocas, bem como os resultados obtidos pelo seu processamento, constituem o conteúdo fundamental do conhecimento cibernético-jurídico. O estudo do raciocínio processual pode ser feito através do uso do raciocínio analógico, cujo funcionamento replica um modelo de retroalimentação, ou seja, traduz-se na faculdade que tem o computador em processar futuras informações comportamentais judiciais, com base em resultados obtidos em decisões pretéritas.

* * *

Resta, enfim, verificar os princípios estruturantes dessa nova modalidade de processo, como fundamento à concepção de uma nova teoria geral para o processo civil: eis a o objetivo do próximo capítulo.

¹⁶⁹⁴ LOSANO. *A Informática Jurídica Vinte Anos Depois*, p. 358.

CAPÍTULO 20

OS PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DA TEORIA GERAL JUSCIBERNÉTICA DO PROCESSO

Dissemos alhures (item 1 do capítulo 19) que o princípio da virtualidade do processo logra categoria de *super-princípio*. Tal decorre de sua natureza normogenética, ou seja, porque: fundamenta e inspira outros princípios e regras; é a base do sistema processual cibernético; e é a própria razão de ser das regras processuais telemáticas. Isso restou demonstrado no capítulo antecedente com as várias e, até então, imprevistas repercussões processuais que proporcionaram a concepção do processo virtual como gênero abrangedor das espécies: processo telemático e processo cibernético, sem olvidar de outras denominações. Neste capítulo conclusivo ainda veremos os mencionados *sub-princípios*. Na verdade são *princípios setoriais* situados no âmbito normogenético proporcionado por aquele *super-princípio*. Iniciemos com o da *telematização dos atos processuais*.

1. Princípio da telematização dos atos processuais: identidade físico-virtual do juiz, a escatologia das cartas processuais e a questão da aderência da jurisdição ao território.

Até então cremos haver demonstrado a existência concreta do processo telemático e a possibilidade tecnológica, lógica e jurídica de concretização do processo

cibernético. Considerando, porém, que a outorga de uma nova *Teoria Geral do Processo* está a exigir a construção de uma base principiológica específica,¹⁶⁹⁵ resolvemos dedicar este capítulo à consecução desse desiderato.

O primeiro interrogatório “on line” do Brasil - indiscutível prelúdio da efetividade deste princípio da telematização dos atos processuais - ocorreu na cidade de São Paulo, no mês de maio do ano de 1996, quando o juiz de Direito Luiz Flávio Gomes interrogou, do seu gabinete, dois réus. Estes respondiam às suas perguntas na Casa de Detenção, situada há, aproximadamente, quinze quilômetros de distância do fórum onde se encontrava o magistrado, fazendo uso de dispositivo telemático: “*através de um computador, o juiz perguntava, através de um computador os réus respondiam, auxiliados por um escrivão e acompanhados por um advogado*”.¹⁶⁹⁶ As vantagens oferecidas pelos interrogatórios telemáticos vão desde a total efetivação do princípio da identidade física do juiz, que poderá virtualmente instruir o processo por inteiro, colhendo o depoimento das partes e a prova testemunhal fora dos limites territoriais da sua comarca, bem como a redução dos custos no transporte de réus presos, e ainda no aprimoramento da segurança evitando-se fugas de presos no trajeto da entidade carcerária até o fórum e permitindo que os policiais designados para garantir o transporte dos presos possam prestar serviço noutras áreas. Além disso, a celeridade eletrônica impulsionará o processo com muito mais rapidez que os tradicionais meios cartáceos.

Quanto ao conteúdo do artigo 132, parece-nos que restará inalterado. Competente para proferir a sentença continuará sendo o juiz que encerrar a audiência de instrução e julgamento. O diferencial, é que no processo telemático a jurisdição e, conseqüentemente, presença (virtual) do juiz será expendida para além do território de sua comarca. Teremos, portanto, um problema: o princípio da identidade do juiz ungindo-o a determinado processo menciona *identidade física*. Entretanto, a colheita da prova realizada

¹⁶⁹⁵ Sobre a importância da demarcação de princípios específicos para cada ramo da ciência jurídica veja-se: MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil* (de 1973), p. XIV. NERY, Nelson Júnior. *Princípios do processo civil na constituição federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 21. SOARES FILHO, José. *A proteção da relação de emprego. Análise crítica em face de normas da OIT e da legislação nacional*. São Paulo: LTr, 2002, p. 159. CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 4-5.

¹⁶⁹⁶ Revista *Isto É*. São Paulo, edição de maio de 1996, p. 17.

através de rede telemática fora dos limites territoriais da comarca não admite a presença física do magistrado. A rigor o juiz estará virtualmente presente, mas não o estará, também, fisicamente presente. Por isso, defendemos que o princípio da identidade física do juiz transmude-se, evolua, adapte-se, à realidade digital do processo. A interpretação sobre o artigo 132 deve considerar a presença do juiz: física ou virtual. Daí porque propomos a adoção da nomenclatura: *princípio da identidade do juiz*, para explicitar que o magistrado que concluir a audiência colhendo a prova, dentro ou fora da sua comarca, deva ser o competente para proferir a sentença. Com isso, evitar-se-á deprecações e é esse o sentido da expansão da presença do juiz: a sua participação será maior, mas a presença física será substituída por uma presença virtual. Acarretará uma melhora em relação ao aspecto de a sentença ser de fato proferida pelo magistrado colhedor da prova.

A legalização da teleconferência para fins processuais constitui-se em questão meramente temporal.¹⁶⁹⁷ Posicionando-se de forma favorável à adoção da telemática no processo judiciário brasileiro, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Jesus Costa Lima, propagou: *“reconheço que se poderia caminhar com o emprego da informática para agilizar o andamento processual, utilizando-se a teleconferência para se interrogar réus e testemunhas residentes em outras comarcas, com o que se evitaria, no caso dos réus, as comuns fugas”*.¹⁶⁹⁸ Neste novo cenário processual parece certo que o conceito do princípio da aderência da jurisdição ao território deverá ser revisitado. Resta indagar como remanescerá o conteúdo, ou a construção hermenêutica, do artigo 200 do CPC, segundo o qual os atos processuais devem ser cumpridos por ordem judicial ou requisitados por carta, conforme hajam de se realizar dentro ou fora dos limites territoriais da comarca. De se recordar que o artigo 6º do Projeto de lei nº 5.828/2001 prescreve que as cartas processuais (precatórias e de ordem) devem proceder-se, preferencialmente, por meio eletrônico.¹⁶⁹⁹

¹⁶⁹⁷ Pois, refri-se-se que o artigo 9º do PL 5.828/01 diz: *“A redução a termo de atos processuais poderá ser efetuada com o emprego de tecnologia de gravação de som, imagem ou reconhecimento de voz, a critério do juízo”*. Mas não esqueçamos que a Medida Provisória nº 28, de 04/02/2002, que instituía a legalização da teleconferência, foi rejeitada. Vide item nº 6 do capítulo 12.

¹⁶⁹⁸ INFORMA – Prolink Sftwares. Decisão do Superior Tribunal de Justiça: 23.08.1995, processo: RHC, nº 0004788, ano: 95 UF:SP - Turma:05. Recurso Ordinário em habeas corpus, fonte: DJ - data: 25.09.1995 pg:31118.

¹⁶⁹⁹ Art. 6º - *“As cartas precatórias, de ordem e, de um modo geral, todas as comunicações oficiais que transitem entre órgãos do Poder Judiciário, bem como entre os deste e dos demais poderes, far-se-ão preferencialmente por meio eletrônico”*.

Cabe, então, a indagação: a efetivação do princípio da virtualidade do processo não se chocará com o princípio da aderência da jurisdição ao território?

Bem, a competência delimita a jurisdição, a jurisdição do juiz brasileiro estende-se sobre toda a extensão do território brasileiro (artigo 1º do CPC), porém, o seu exercício adere à circunscrição de sua comarca. O juiz não tem “competência”, que é medida da jurisdição, para além dos limites territoriais de sua comarca. É a falta de competência que justifica, também, além de questões de razão prática, a expedição das cartas processuais. Se o juiz puder praticar atos processuais fora da circunscrição territorial da comarca ocorrerá, isto sim, uma ampliação territorial da sua competência. Aliás, como demonstramos no item 11 do capítulo 12, o artigo 176 do código de processo civil manda que a realização dos atos processuais ocorra ordinariamente na ‘sede do juízo’, mas, ao mesmo tempo, permitiu sua prática noutros lugares, em razão: de *deferência*, como é o caso do artigo 411, permitindo a inquirição de várias autoridades em sua residência ou onde exerçam a sua função; do *interesse da justiça*, pois conforme o artigo 440 o juiz pode inspecionar pessoas ou coisas, a fim de esclarecer sobre fato relevante à decisão da causa, podendo determinar esta providência em qualquer fase do processo; e ainda em razão de *obstáculo argüido pelo interessado e acolhido pelo juiz*, porque o artigo 410 possibilita ao juiz presidente do processo deslocar-se da sede de sua comarca para inquirir testemunhas que, por doença ou outro motivo relevante, não possam comparecer em juízo.

Também no capítulo 12, demonstramos que a lei nº 10.259/01, instituidora dos juizados especiais federais, representou tremendo avanço na telematização do processo judicial,¹⁷⁰⁰ quando: facultou aos tribunais a organização de serviço de intimação das partes e de recepção de petições por meio eletrônico (artigo 8º, § 2º); permitiu que no pedido de uniformização de interpretação de lei federal a reunião dos juízes federais domiciliados em cidades diversas deva ocorrer através de meio eletrônico (artigo 14, § 3º); e ainda quando impôs, ao Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal e às Escolas de Magistratura dos Tribunais Regionais Federais, o fomento à criação de programas de

¹⁷⁰⁰ Tanto que nas justificativas do PL 5.828/01, a AJUFE consignou tratar-se de um avanço no processo iniciado pelas leis nº 9.800/99 e 10.259/01.

informática para subsidiar a instrução das causas submetidas aos Juizados visando também ao aperfeiçoamento dos seus magistrados e servidores.

Este princípio da telematização dos atos processuais implica no advento do fenômeno da virtualização do processo. Representa um marco e um *ponto de partida* da sociedade tecnológica. O advento do processo virtual traduzirá uma nova era no direito processual, encerrando um passado marcado por possibilidades extremamente limitadas se comparadas à hermenêutica tecnizada e à tecnociência processual.¹⁷⁰¹ Também acarretará o fim das distâncias, com advogados fazendo sustentações orais em cidades e Estados diferentes e, ao mesmo tempo, presentes (virtualmente) nas sessões de julgamento. Este princípio tem também natureza normativa, no sentido de que a virtualização processo é uma necessidade imposta pelo avanço tecnológico e não uma simples e discricionária opção, sem ela será impossível atender à demanda do desenfreado acesso à justiça. Mesmo que o PL nº 5.828/2001 estabeleça a facultatividade do processo telemático, pois o artigo 2º consigna que sua admissão será deferida àqueles credenciados junto aos órgãos do judiciário, ela terá pungência prático-forense obrigatória.¹⁷⁰² A não obrigatoriedade da telematização representa meramente outorga de tempo para o aparelho judiciário e advocatício adaptarem-se à realidade tecnológica.

2. Princípio da internacionalização da jurisdição: necessidade de alteração do artigo 88 do CPC?

¹⁷⁰¹ Significa reconhecer uma função cognitiva à técnica. Tecnologia jurídica não concerne somente ao uso da máquina no âmbito da experiência jurídica e, em particular, a utilização do computador eletrônico para alcançar uma economia de tempo e de energia. Frosini traduz o problema da *Giuritecnica* numa compenetração entre o jurídico e o tecnológico, impondo uma mutação de mentalidade dos estudiosos e dos operadores do direito, impingindo-lhes um afastamento do esquema mental do formalismo jurídico, ao qual estavam habituados. FROSINI. *Cibernetica diritto e società*, p. 173.

¹⁷⁰² Neste sentido, têm razão Costa e Marcacini quando afirmam que o credenciamento previsto no PL sob comentário tem caráter de obrigatoriedade: “A palavra “credenciamento”, usada no Projeto de Lei, não tem o conteúdo de mero cadastramento: tem significado bem mais amplo, que envolve autorização, habilitação, capacitação. O que vale dizer: o advogado, para peticionar, precisaria pedir autorização ao Poder Judiciário. Isto viola prerrogativa essencial da advocacia, colocando-a, a pretexto de necessidade tecnológica inexistente, em posição de subordinação aos Tribunais. Não se diga que o credenciamento será facultativo. Será, ao contrário, obrigatório, para todos os que quiserem usar de meios eletrônicos, cada vez mais difundidos e necessários, para a prática de atos processuais”. COSTA, Marcos da e MARCACINI, Augusto Tavares Rosa, op. cit. p. 5.

O mundo virtualizado está a exigir que o aparelho judiciário de todos os Estados esteja dotado de mecanismos processuais capazes de reprimir ilícitos informático-telemáticos. De nada adiantará, por exemplo, um juiz brasileiro determinar a retirada de uma determinada página da internet, que por ventura esteja a agredir a honra de alguém, se o seu autor puder inseri-la na rede através de um provedor situado em outro país. Neste caso, a página estará disponibilizada (presente) em todos os computadores do mundo, no Brasil inclusive, e a ordem judicial restará ineficaz, simplesmente porque o juiz brasileiro não possui jurisdição sobre território alheio ao seu, *ex vi legis* do artigo 1º do CPC.

Pelos meios processuais tradicionais (atuais) para que a dita página também tenha sua veiculação proibida em outro país é preciso lançar-se mão da expedição de uma *carta rogatória*. Mas este procedimento é lento e anacrônico em face da mobilidade, agilidade e inteligência da delinquência cibernética. O tempo demandado é enorme e a pessoa prejudicada com as informações, ou imagens, veiculadas na grande rede continuará a sofrer a ilícita agressão. Depois, nada impede, que após o recebimento e regular processamento da rogatória no país rogado, e depois de o juiz alienígena determinar a retirada de circulação da mencionada página da internet, que sua veiculação ocorra por um provedor situado num terceiro país, e daí por diante. Em conclusão: se o delinquente informático for suficientemente hábil poderá perpetuar o ato ilícito no tempo e no espaço virtual. Tudo isso porque a garantia de acesso aos estabelecimentos virtuais é feita através do nome de domínio, mediante a observação do protocolo DNS (*Domain Name System*). O endereço telemático deve possuir um núcleo com o escopo de individualizar o *site*, seguido de dois TLDs (*Top Level Domains*: domínio de primeiro nível), por exemplo: **www+++++com.br**. O primeiro menciona a natureza de seu titular, assim, os órgãos governamentais são identificados por: **www+++++.org**; já as empresas privadas por: **www+++++.com**. O segundo TLD indica o país de origem: **br** para o Brasil, **it** para Itália, etc.¹⁷⁰³ E além disso, há ainda o aspecto de a internet ser *ajurisdictional*.¹⁷⁰⁴

¹⁷⁰³ LUNA FILHO, Eury Pereira. *Internet no Brasil e o direito no ciberespaço*. http://apriori.com.br/artigos/direito_no_ciberespaço.htm. 06/03/2002;

Através da Resolução nº 01, de 15/04/1998, o Comitê Gestor da Internet delegou à FAPESP – Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo – a competência para registrar nomes de domínio, o chamado “Registro.br”. Mas o ato de assentamento do nome de domínio não possui natureza constitutiva, tal como o registro da marca no Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Na verdade indica um simples cadastro gerencial visando a evitar choque de uso de nomes e para facilitar a acessibilidade na internet.¹⁷⁰⁵ E no caso do exemplo do www.cocadaboa.com.br, de nada adiantou o judiciário brasileiro determinar sua retirada da *rede*, porque este mesmíssimo *site* continua no espaço virtual – no Brasil, inclusive – apenas com a supressão do segundo TLD. Basta digitar-se www.cocadaboa.com e a dita página será acessada, que, aliás, oferece serviço de invasão de *sites* se o internauta comprovar uma doação em dinheiro para instituições de caridade.

Com a sistemática processual atual este problema é insolúvel, pois simplesmente a máquina judiciária encontra-se em estágio evolutivo-tecnológico atrasado em, no mínimo, duas gerações em relação aos *hackers*, *crackers*, *warez*, *gamez*, *lammers*, *script kidders* e outros personagens do mundo *underground* da internet.¹⁷⁰⁶ Estes estão na

¹⁷⁰⁴ “... a Internet é ajurisdicional, de vez que uma mensagem não tem fronteiras, podendo viajar por inúmeros países”. LEITE, Flamarion Tavares, op. cit. p. 135.

¹⁷⁰⁵ “Instituído pela Lei nº 5648, de 11 de dezembro de 1970, e regulamentado pelo Decreto nº 68104, de 22 de janeiro de 1971, o Instituto Nacional de Propriedade Industrial é uma autarquia federal que executa as normas referentes à propriedade industrial, tendo em vista a sua função social, econômica, jurídica e técnica, processa e examina os pedidos de concessão de privilégio (de invenção, de modelo de utilidade, de desenho industrial) e de concessão de registros (marcas), sendo vinculado ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio”. MORAES, Rafaella Corte Real de, op. cit. p. 27.

¹⁷⁰⁶ Explicando a diferença entre esses personagens, Amaro Moraes e Silva Neto clarifica: “O hacker é aquele que é atizado exclusivamente pelo desafio intelectual de conhecer as falhas de um sistema operacional – e aí se encerra a guerrilha que travava em sua mente. Já o cracker é o que inicia a sua batalha a partir do momento em que descobre as falhas do sistema operacional sob análise, tendo em vista a obtenção de benefícios para si ou para outrem – sempre em detrimento de alguém ou algo, um site ou um e-mail. (...) O termo cracker foi cunhado em 1985 pelos próprios hackers, com o inequívoco objetivo de não serem confundidos com aqueles. Ao contrário dos hackers, os crackers têm intenções (ou, quando menos, tendências) criminosas para o cometimento de fraudes, espionagem, chantagem et coetera. Com eles surgiram os warez e os gamez, e muitas outras tribos no mundo underground da Internet. Também existem os lammers, ou os script kidders. Esses não criam programas: apropriam-se dos que os hackers disponibilizam na rede. São meros rapinadores de softwares de hackers e crackers.

era da tecnologia, o judiciário ainda está na era do papel e da excessiva burocracia. Somente através de protocolos internacionais poder-se-á atribuir jurisdição aos juízes para estender a sua competência, em matérias envolvidoras da delinquência na rede internacional de computadores, a territórios estranhos ao seu. E somente com a virtualização do processo e com a internacionalização da competência poder-se-á pensar em eficácia contra a delinquência cibernética. Só assim, talvez, alcance-se um mecanismo judicial repressor eficaz. Delimite-se, no entanto, que, quando defendemos a internacionalização da competência, não estamos a propugnar que o Brasil seja obrigado a acatar ordens judiciais estrangeiras pertinentes a matérias de jurisdição internacional exclusiva (artigo 89), mas, a nossa proposta consiste em se ampliar, apenas, as hipóteses de jurisdição internacional concorrente.

Atualmente a jurisdição internacional em matéria cível é tratada pelos artigos 88 a 90 do código de processo civil. Como demonstramos no capítulo 11, itens: 2 a 2.2, em alguns casos a jurisdição internacional diz-se concorrente, quando, nos termos do artigo 88: **I** - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil; **II** - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação; **III** - a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil. Nestes casos tanto o juiz brasileiro quanto o estrangeiro têm jurisdição para processar e julgar causas enquadradas neste dispositivo. Mas noutros casos a jurisdição diz-se exclusiva, quando, nos termos do artigo 89, tratar-se de: **I** - ações relativas a imóveis situados no Brasil; **II** - inventários e partilhas de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional. Nestes casos apenas o juiz brasileiro pode julgar, salvo a exceção do inciso XXXI do artigo 5º da Constituição Federal (vide item 2.2 do capítulo 11), somente as sentenças brasileiras têm eficácia no território brasileiro.

O artigo 90, por sua vez, apenas tem aplicação nos casos de jurisdição internacional concorrente, pois admite que a ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas. No caso, a sentença estrangeira somente terá prevalência

sobre a brasileira se transitar em julgado em primeiro lugar e for homologada pelo Supremo Tribunal Federal antes do trânsito em julgado da sentença brasileira. Pois bem, esse é o panorama da jurisdição internacional em matéria cível previsto e regulado pelo ordenamento processual brasileiro.¹⁷⁰⁷ Considerando o fenômeno da telematização do processo, apresenta-se como indispensável a necessidade de adoção de mecanismos internacionais capazes de viabilizar a efetivação do cumprimento de decisões judiciais estrangeiras no Brasil e de decisões brasileiras no estrangeiro, através dos meios telemáticos. Sem implicar, contudo, em alteração do rol de jurisdição internacional exclusiva, repita-se. Somente a recorrência à telemática poderá proporcionar tal efetivação. Isso, contudo, exige uma mudança procedimental e também no regime jurisdicional.

Não basta recorrer-se ao direito cibernético para solucionar esse problema. Isso, por si só, não é suficiente. Exige-se a ampliação do campo da jurisdição internacional concorrente, no sentido de admitir o cumprimento de ordens judiciais estrangeiras pertinentes a ilícitos informáticos. No Brasil, a admissão de eficácia de ordem judicial estrangeira somente ocorre, como já vimos, nos casos previstos no artigo 88. Mas, e se o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, **não** estiver domiciliado no Brasil; ou se a obrigação **não** tiver de ser cumprida no Brasil; ou ainda se a ação **não** se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil; ou, enfim, se a ação versar sobre imóveis, inventários ou partilhas de bens situados no Brasil. Simplesmente nenhuma ordem judicial estrangeira será admitida no Brasil? A problematização consiste exatamente em se delimitar se o rol do artigo 88 é, ou não, taxativo.

É certo que quando determinada página for admitida na internet através de provedor brasileiro, o ato se pratica no Brasil, logo, a autoridade judiciária brasileira será competente. Problema diverso ocorre quando uma página for veiculada por provedor situado fora do Brasil, nesse caso teremos uma situação imprevista pelas leis processuais civis brasileiras: um ilícito cometido contra alguém domiciliado em território nacional virtualmente presente em todos os computadores aqui situados, mas com origem concreta em outro país. É defensável a competência do juiz brasileiro, concorrentemente, pois o

¹⁷⁰⁷ Aqui rapidamente recordado.

ilícito, embora perpetrado fisicamente noutra Estado, virtualmente também se perpetrará no Brasil, mesmo a despeito do rol do artigo 88, que não pode ser considerado como taxativo.

O combate à delinquência cibernética requer, portanto, que os juízes possam determinar o cumprimento de suas decisões sem tanto formalismo, dando-se ênfase à instrumentalidade (das formas e do próprio processo). Para tanto, é mister que: 01- se interprete o artigo 88 do código de processo civil de forma ampliadora, para admitir a jurisdição do juiz brasileiro para além dos casos ali expressamente previstos sempre que se verificar a existência de dano – provocado através da internet - a pessoa residente no Brasil; ou, 02- se insira mais um inciso neste dispositivo para explicitamente admitir-se a competência do juiz brasileiro nos casos de ilícitos praticados por meios virtuais, mesmo que o ato seja praticado através de provedor situado fora do Brasil, sempre que irradiar efeitos danosos à pessoa ou entidade – ainda que não personificada – residente ou situada no Brasil.

A internacionalização da jurisdição, portanto, adquire status de princípio, pois: por questão de ordem moral é preciso adotar-se providências para se reprimir com eficácia a delinquência cibernética, hoje praticamente impune; por questão de ordem legal, a validade dos processos cíveis instaurados com base na atual sistemática estará a depender da possibilidade de ampliação do rol do artigo 88, sob pena de serem nulos ante a falta de pressuposto processual (artigo 267, IV).

3. Princípio da eletronicidade documental.

Outro aspecto a demonstrar a possibilidade do advento de uma nova TGP refere-se ao tratamento eletrônico da documentação. Vimos que já existe no Brasil norma jurídica a atribuir força probante aos documentos eletrônicos: a MP nº 2.200-2/01. A eletronicidade documental, na verdade, constitui-se num verdadeiro princípio de nossa

teoria, pois a partir de sua legalização os meios documentais-processuais tendem a cair em desuso, ainda que isso se verifique de forma gradual.

A práxis forense brasileira tem demonstra excessiva timidez em relação à aplicação da cibernética à experiência jurídica, não há ainda no Brasil, sequer, lei regulamentando o uso de documentos eletrônicos, apesar de alguns projetos tramitarem no Congresso Nacional. Malgrado isso, não se pode invocar a inexistência de lei específica como pretexto contrário ao uso dos documentos eletrônicos, pois, de *lege lata*, o ordenamento atual já contém mecanismos autorizadores de sua admissão no processo. Neste sentido o artigo 374 do CPC equipara a força probatória do telegrama e do radiograma - que segundo o artigo 375, presume-se conforme o original -, bem como de *qualquer outro meio de transmissão*, a dos documentos particulares.

Outro dispositivo processual civil favorável à adoção dos documentos eletrônicos é o artigo 384, pois garante que qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, cinematográfica, fonográfica “*ou de outra espécie*”, faz prova dos fatos ou das coisas representadas, se aquele contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade. Este artigo, é certo, referiu-se às reproduções mecânicas e não eletrônicas, ditando que uma vez impugnada a sua autenticidade, o juiz ordenará a realização de exame pericial. Certo também que aqueles contrários ao avanço tecnológico do processo civil podem argüir esta restrição literal em detrimento do advento da documentação eletrônica, embora teleologicamente falando isto represente uma impropriedade. Tal, porém, não se faz necessário, pois a lei nº 9.800 de 26 de maio de 1999 – mesmo a despeito da Resolução nº 179/99 do STF - faculta às partes a utilização de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais, permitindo, no artigo 1º, a utilização de sistema de transmissão de dados e imagens tipo fac-símile ou outro semelhante, para a prática de atos processuais dependentes de petição escrita. Para extirpar dúvidas, o artigo 3º autoriza os juízes a praticarem atos de sua competência à vista de transmissões efetuadas na forma ditada por daquela lei. Há argumentos, portanto, suficientemente convincentes para a adoção da documentação eletrônica com base naqueles dois dispositivos do CPC acima referidos, e, mormente, com fundamento na lei supra, além de outros que passaremos a recorrer.

Na Itália, o Decreto nº 513 de 10 de novembro de 1997 já definiu o documento eletrônico como: “... a representação informática dos atos, fatos e dados juridicamente relevantes”.¹⁷⁰⁸ Os documentos eletrônicos são meios lícitos de prova, pois o artigo 332 considera como aptos à demonstração da verdade ‘todos os meios legais’, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no CPC. A espécie documental eletrônica é hábil para provar a verdade dos fatos da ação ou da defesa, pois se trata de meio legal previsto pela lei 9.800/99. Esta lei preocupou-se, inclusive, com a fé dos documentos produzidos através de sistemas de transmissão de dados, quando no artigo 4º responsabilizou quem fizer uso de sistema de transmissão pela qualidade e fidelidade do material transmitido, acrescentando, ainda, sem prejuízo de outras sanções, que o usuário do sistema será considerado litigante de má-fé se não houver perfeita concordância entre o material remetido e o original entregue em juízo. Infelizmente, a mencionada resolução nº 179/99, do Supremo Tribunal Federal, restringiu a eficácia da lei nº 9.800/99 ao processamento de petições enviadas através de fax.¹⁷⁰⁹ Além do que, a recorrência à remessa de peças cartáceas não condiz com a plenitude telemática.

¹⁷⁰⁸ DE LUCCA, Newton. *Títulos e contratos eletrônicos – o advento da informática e seu impacto no mundo jurídico*, publicado em *Direito e internet – aspectos jurídicos relevantes*. Coord. DAOUN, Alexandre Jean, São Paulo: Edipro, 2000, p. 65.

¹⁷⁰⁹ Vejamos o seu inteiro teor: **Resolução nº 179, de 26 de julho de 1999** - DJ de 2.8.99. Dispõe sobre a utilização, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, do sistema de transmissão de dados e imagens tipo fac-símile (fax), para a prática de atos processuais. **O PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**, no uso das atribuições que lhe confere o art. 13, XVI, combinado com o art. 363, I, do Regimento Interno, com a redação dada pela Emenda Regimental nº 1, de 25 de novembro de 1981, considerando o disposto na Lei nº 9.800, de 26 de maio de 1999, RESOLVE: Art. 1º É permitida às partes a utilização do sistema de transmissão de dados e imagens tipo fac-símile (fax) para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita, nos termos da Lei nº 9.800, de 26 de maio de 1999. Parágrafo único. As petições transmitidas deverão atender às exigências da legislação processual. Art. 2º Somente serão permitidos, para recepção do sistema de transmissão previsto no art. 1º, os equipamentos localizados na Seção de Protocolo e Informações Judiciais, da Coordenadoria de Registros e Informações Processuais, da Secretaria de Processamento Judiciário, conectados às linhas telefônicas de números (61) 321-6194 e (61) 321-6707. Parágrafo único. Os riscos de não-obtenção de linha telefônica disponível, ou defeitos de transmissão ou recepção, correrão à conta do remetente, e não escusarão o cumprimento dos prazos legais. Art. 3º Recebidas as petições, durante o horário de atendimento ao público (das 11:00 às 19:00 horas), a Seção de Protocolo e Informações Judiciais adotará, de imediato, as necessárias providências de registro e protocolo, admitindo-se, como prova do oportuno recebimento do original transmitido, a autenticação dada pelo equipamento receptor, a qual será anexada aos autos, e, como comprovante da transmissão, o relatório do equipamento transmissor do fac-símile (fax). Parágrafo único. As petições recebidas somente serão encaminhadas, para posterior conclusão ao Gabinetes dos Srs. Ministros, após a chegada dos originais ou da certificação do transcurso do prazo para a prática do ato processual. Art. 4º A pedido do remetente e por este custeado, a Seção de Protocolo e Informações Judiciais enviará ao interessado, inclusive pelo sistema tipo fac-símile (fax), se for o caso, cópia da

A restrição ‘administrativa’ do STF (Resolução nº 179/99), por seu turno, não se constitui em óbice ao uso dos documentos eletrônicos. Como vimos, a partir de 2001, o documento eletrônico foi regulamentado pela Medida Provisória nº 2.200-2/01, apesar dos ataques impostos pela doutrina em face de não manter pertinência com as legislações que tratam do mesmo tema em outros países, nem com a proposta da Lei Modelo da Uncitral,¹⁷¹⁰ e, nem mesmo, enfim, com o projeto de lei da OAB-SP. Um dos problemas desta MP consiste na imposição de que os documentos eletrônicos devam ser assinados com chaves certificadas por uma Autoridade Certificadora credenciada pelo Comitê instituído. Estes problemas foram solucionados em parte, com a reedição daquela MP, mas o interessante, enfim, é que a admissão dos documentos eletrônicos é hoje uma realidade para além da faticidade forense, é uma realidade jurídica.

Em conclusão, a conceituação do documento eletrônico não enfatiza a coisa ou o meio de armazenamento, mas o pensamento ou o fato designado/representado, pois o seu conteúdo não guarda, necessariamente, relação de pertinência com a sua estrutura física (*hardware*).¹⁷¹¹ Trata-se de uma seqüência de bits cuja demonstração em linguagem natural depende de transmutação lógico-lingüística produzida por programa de computador representando um fato. Como acrescenta Marcacini, tal qual os documentos físicos, os eletrônicos não se restringem a escritos podendo abranger desenhos, fotos digitalizadas,

primeira página da petição recebida e protocolizada no Supremo Tribunal Federal, a qual servirá como contra-fé. Art. 5º A utilização do sistema de transmissão previsto no art. 1º não desobrigará seu usuário da protocolização dos originais na Seção de Protocolo e Informações Judiciais, no prazo e condições previstos no art. 2º e parágrafo único da Lei 9.800, de 1999. Art. 6º Esta Resolução entre em vigor no dia 1º de agosto de 1999, ficando revogadas as disposições em contrário. Brasília, 26 de julho de 1999. Ministro CARLOS VELLOSO, Presidente.

¹⁷¹⁰ United Nations Commission on International Trade Law.

¹⁷¹¹ “Assim deve ser pois uma planilha, um texto ou um banco de dados, armazenado inicialmente no disco rígido de um computador, por ser uma seqüência de bits que representam em linguagem de máquina aquele documento, não se restringe fisicamente ao computador em que originariamente foi criado, podendo, tal arquivo (planilha, texto ou banco de dados) ser transferido para outros meios (cd-roms, fitas streamer, disquetes), sem que sofra alterações em seu conteúdo, permanecendo, tal e qual fora inicialmente gravado. Documento, então, deve ser tido como o registro de um fato, e será tão mais aceito como prova quanto maior for a inalterabilidade de seu conteúdo. Assim sendo, o registro de um fato submetido ao método criptográfico assimétrico (do qual trataremos mais adiante) também pode ser tido como documento, face à confiabilidade em ter o referido registro como inalterável”. CABRAL, Evandro de Melo. A autenticação de documentos eletrônicos assinados através do sistema de criptografia assimétrica e sua equiparação, como meio de prova, aos documentos convencionais previstos em nossa legislação processual civil o documento eletrônico e sua inserção no contexto jurídico. www.infojus.com.br.

sons, vídeos e tudo o quanto mais possa representar um fato, dê que se encontre armazenado em arquivo digital.¹⁷¹²

4. O princípio da *persona ficta*: capacidade computacional; o problema da capacidade de ser parte e de estar em juízo; a responsabilidade civil.

O computador eletrônico, como já registrou Frosini, assumiu o *status* de um novo personagem social.¹⁷¹³ Pode-se acrescentar que apesar de não lhe ser atribuída pela lei a personalidade jurídica, o computador é um “ente” dotado de inteligência artificial e situado num terceiro e intermediário gênero entre as pessoas naturais e jurídicas com

¹⁷¹² MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. O documento eletrônico como meio de prova. <http://pessoal.mandic.com.br/~marcacini>.

¹⁷¹³ Em nossa dissertação de mestrado já tivemos a oportunidade de ressaltar que a *Giuritecnica* encontra no computador eletrônico seu núcleo gerador de interesse e o considera não como um substituto do juiz nas tarefas decisivas mais complexas, contudo, sem dúvida representa um novo personagem social, “*una persona ficta*”, cuja realidade e presença operante obriga-nos a assim considerá-lo. O âmbito de estudo da *Giuritecnica* não deve restringir-se a isto e considerar-se exaurido somente na esfera da questão atinente ao processamento eletrônico de dados. O problema de ordem metodológica e operativa que a *Giuritecnica* impõe ao interesse do jurista contemporâneo pode ser definido como o de uma nova fronteira do *direito*, agora aberto para uma perspectiva voltada para projetar o novo território que se estende para o futuro. O emprego do computador eletrônico na problemática jurídica, questionado como instrumento de controle da vida social, fez vicejar uma notável literatura sobre o assunto, na qual evidencia-se a necessidade de um controle jurídico sobre o próprio computador. Isto, porém, esclareça-se, não é um problema de estrita competência da *Giuritecnica*, mas sim do “*direito da tecnologia*”, isto é, do *direito artificial-cibernético*. E tudo isto põe em relevo o ponto de ruptura da nova fronteira juritécnica, implicando no reconhecimento jurídico da importância social assumida pelo computador, na necessidade de se tomar uma adequada consciência da difusão do seu uso. A *Giuritecnica* não se traduz num problema de técnica jurídica, mas no condicionamento do processo tecnológico da convivência social, com relevância para a automação eletrônica. Sob o ponto de vista metodológico, adentramos no setor mais vasto da classificação automática de pesquisa e documentação, que é objeto de estudo de vários saberes: lógica simbólica, lexicografia, lingüística, teoria dos sistemas, mas é aqui que se realiza uma nova síntese entre *direito* e tecnologia. Esses são certamente os seus aspectos mais relevantes, onde todo o estudo do *direito* pode ser nos dias atuais, intenso como o aprendizado de um método operacional de impulso, controle e correção do comportamento humano, numa relação estrutural da ação e como tal configura-se num termo tecnológico. A sua fronteira mais avançada, como defende Frosini, é a *Giuritecnica*, pois se revela como: “*una frontiera in movimento, verso la quale è rivolto l’interesse dei giuristi aperti alle nuove esperienze intellettuali della civiltà tecnologica e solleciti di procedere a passo con il proprio tempo verso il mondo del futuro*”. FROSINI. *Cibernetica diritto e società*, p. 184-185. A tradução do texto entre aspas é a seguinte: “... uma fronteira em movimento, para qual é voltado o interesse dos juristas abertos às novas experiências intelectuais da civilização tecnológica e pronta para proceder a passagem com o próprio tempo, para o mundo do futuro”.

‘capacidade fático-virtual’ para praticar atos jurídicos. O computador é, assim, um novo personagem da atual vida jurídica, sendo, inclusive, capaz de raciocinar de maneira semelhante ao homem, como pronunciara Wiener – partindo das idéias de Leibniz -, tomando suas decisões com base nas experiências e dados pretéritos.¹⁷¹⁴ A responsabilização pela prática de suas ações deve recair sobre o seu proprietário, sendo pertinente esclarecer que a responsabilidade será do tipo objetiva, dispensando dolo ou culpa do ser humano responsável pelo seu manuseio, tal como já entendeu o extinto Tribunal Federal de Recursos.¹⁷¹⁵ O dever de indenizar decorre simplesmente da causação de prejuízo a terceiro conjugado com o nexo de causalidade, excluindo-se tão somente os casos em que o dano computacional decorrente da culpa exclusiva de outrem, caso fortuito ou força maior.¹⁷¹⁶

¹⁷¹⁴ Aliás, como demonstramos no capítulo 04 de nosso *O direito cibernético: um enfoque teórico e logico-aplicativo*, Wiener atribuía a Leibniz as idéias que antecederam o conceito cibernético: “Leibnitz preocupava-se com sua filosofia em evidenciar a óptica e a mensagem, obtendo papel destacado em pelo menos duas de suas idéias originais: a de *Characteristica Universalis*, ou linguagem científica universal; e a de *Calculus Ratiocinator*, ou cálculo de lógica. Apesar das imperfeições anotadas por Wiener, o *Calculus Ratiocinator* foi o antecessor direto da moderna lógica matemática. Se por um prisma as idéias de Wiener não podem ser consideradas leibnitzianas, pois sobreleva uma ostensiva dissonância quanto ao método científico por ambos eleito, por outro, naquilo que respeita aos efeitos do emprego da linguagem na comunicação os questionamentos wienerianos, são, sem dúvida, leibnitzianos. As máquinas computadoras de Leibnitz eram apenas uma derivação de seu interesse por uma linguagem de computação, um cálculo raciocinante consubstanciando apenas uma extensão da idéia de uma linguagem artificial, suas preocupações eram essencialmente lingüísticas e comunicacionais. Para Wiener a utilização da semântica pela cibernética como disciplina destinada a controlar a perda do significado da linguagem fez vicejar vários problemas sendo mister distinguir a informação que é tomada de modo abrupto, daquela onde os seres humanos e a máquina possam, efetivamente, agir. A quantidade de informação introjetada não é, por si só, relevante para consequenciar determinada ação, outrossim, é deveras importante que a informação captada por um receptor comunicacional seja suficiente para servir como mecanismo de propulsão da ação respectiva. Uma linguagem adequada é sem dúvida imprescindível para a comunicação de dados por computador. Sob o prisma cibernético a semântica objetiva definir a extensão e controlar a perda do sentido e significação das palavras num dado sistema de comunicações. Aliás, é propósito da cibernética o desenvolvimento de uma linguagem capacitada para resolver o problema do controle da comunicação”.

¹⁷¹⁵ Sobre a questão da apuração de responsabilidade estatal na ocorrência de erros informático-jurídicos, Daisy de Asper y Valdés, adverte que, quer eles aconteçam por acréscimo quer por omissões, a responsabilização do Estado é irrenunciável. Quanto à natureza jurídica de um ato administrativo contaminado por algumas dessas falhas, o extinto Tribunal Federal de Recursos, em julgado publicado no dia 26 de novembro de 1981, acordou que a divulgação de resultado de concurso vestibular através de computador se constitui em ato administrativo, passível, pois, de responsabilização estatal dès que agrida direito. VALDÉS, Daisy de Asper y. A informática jurídica - a máquina e o homem. *Revista de Informação Legislativa*, nº 84, 1984, p. 386- 387.

¹⁷¹⁶ Mas, mesmo nesses casos, se o dano causado por computador estiver vinculado à atividade nuclear, mesmo assim, haverá dever de indenizar.

Dizer que o computador detém capacidade fática para prática de atos jurídicos, todavia, não é o mesmo que dizer que ele também possui a capacidade jurídico-processual de *ser parte* ou de *estar em juízo*, pelo menos ainda não. O computador assemelha-se ao preposto que pratica atos em nome de determinada empresa, sem, entretanto, constituir-se, como o preposto, em ‘agente’ capaz. Estas duas espécies da capacidade jurídica constituem-se, juntamente com a capacidade postulacional, em pressupostos processuais subjetivos referentes às partes de uma relação jurídica processual. Sem eles nenhum processo poderá formar-se ou desenvolver-se validamente, pois a ausência de apenas um deles traz a consequência da não conformação ou desenvolvimento válidos da relação processual (artigo 267, IV). Em relação à capacidade de ser parte o computador não a detém, logo parte legítima num processo que vise perquirir acerca da responsabilidade civil de um ato praticado por um computador, causador de danos patrimoniais ou morais a terceiros, será mesmo o seu proprietário, que pode ser uma pessoa jurídica.

Como vimos no capítulo 08, a capacidade de ser parte difere da de estar em juízo e não raras vezes o detentor daquela é pessoa incapaz, ou, sequer, é pessoa, tal como se dá com os exemplos de entes fictícios previstos no artigo 12 do código de processo civil: o condomínio, a massa falida, o espólio, etc. Quando quem detém a capacidade de ser parte é pessoa incapaz deve-se verificar o grau da incapacidade, a fim de se adotar o instrumento sanador do defeito processual. A pessoa absolutamente incapaz sendo parte num processo deverá ser representada em juízo pelo representante legal. A pessoa relativamente incapaz deve ser assistida. Mas num caso e noutro quem representa ou assiste deve ser “pessoa” absolutamente capaz. Nestes termos, não há como se vislumbrar a possibilidade de um computador deter a capacidade de estar em juízo: seja como parte, seja como representante ou assistente da parte, por não ser ele pessoa em sentido estrito. Evidentemente que de *lege ferenda* estas restrições, talvez, possam vir a ser superadas.

Apesar de o computador não possuir capacidade de ser parte, ou de estar em juízo, ou ainda de não possuir legitimidade para causa, sua participação na condução de processos no assessoramento de juízes constitui-se numa realidade prestes a concretizar-se. Como já assinalamos, o Desembargador Pedro Vals Feu Rosa já pôs em prática no Espírito Santo um programa emissor de sentenças em processos que têm por objeto lides sobre

responsabilidade civil por dano decorrente de acidente de veículos e outro denominado de *desembargador virtual* com a missão de lavrar acórdãos. Em Santa Catarina o professor Aires José Rover também desenvolve um *software* cuja finalidade é a elaboração de sentenças em processos criminais, especificamente na aplicação dosimétrica da pena. De nossa parte, trabalhamos com um projeto de pesquisa patrocinado pela UNICAP intitulado: “*O juiz artificial cibernético*”, tendo por finalidade a prolação de decisões processuais na área cível – especificamente na aplicação do código de processo civil -, acerca de situações procedimentais e processuais, tais como: emitir despacho positivo de citação; determinar emenda de petições iniciais; proferir sentenças de indeferimento de iniciais nos casos do artigo 295, etc.

Como se constata o computador, enquanto *persona ficta*, desempenhará papel processual híbrido: assessorará o juiz, tirando suas dúvidas com consulta de jurisprudência e de legislação; e decidirá, decidirá sem a necessidade de interferência humana. Trata-se, portanto, de ‘*persona*’ processual com função judicante assessória ficto-virtual. Contudo, frise-se, sem possuir capacidade de ser parte ou de estar em juízo para assistir *diretamente* às partes. *Indiretamente*, porém, o computador pode auxiliá-las, quando, por exemplo, desempenha função de assessoramento aos advogados.

Na seara da responsabilização civil do computador, é plenamente factível traçar-se uma analogia entre ele e o ser humano – funcionário público - que na prática de um ato administrativo cause danos a um particular. Pois bem, assim como o servidor não é parte legítima na respectiva ação visando o ressarcimento de um tal prejuízo, pois apenas o será a Administração – *ex vi legis* do § 6º do artigo 37 da Constituição -, o mesmo ocorre com o computador: ele pratica atos, mas o responsável será o seu proprietário e somente o proprietário, pois, diferentemente do que se dá com o servidor humano, não será possível falar-se de ação regressiva contra o computador, ante a ausência da capacidade de ser parte.

5. O princípio da ‘computacionalização’¹⁷¹⁷ da prova.

¹⁷¹⁷ Neologismo para designar a possibilidade de o computador ser sujeito da prova.

O computador pode ainda ser considerado como *sujeito da prova*. Como ficou demonstrado no capítulo 14, item 3, são considerados sujeitos da prova tanto as pessoas quanto as coisas (computador inclusive) porque através delas (pessoas e coisas) revela-se a existência do *fato probando*. Na conceituação carneluttiana o computador enquadra-se no gênero: *fonte da prova*, pois que se funda no próprio *fato representativo* e tem na sua *representação* o próprio objeto da percepção.¹⁷¹⁸ Demonstrou-se também ser por conta de a prova ter como sujeitos pessoas e coisas que pode ser classificada em *real* e *peçoal*. Pois bem, para manter coerência lógica com nossas afirmações, e considerando que a prova real consiste na representação inconsciente realizada pela própria coisa, e que a peçoal constitui-se numa afirmação cujo propósito é conferir fé ao afirmado, o computador, a depender da hipótese, tanto pode enquadrar-se no conceito de prova real como no de prova peçoal. Mas para comprovarmos esta assertiva, faz-se necessário esclarecer, preliminarmente, o conceito de computador. Passemos a esta tarefa necessária.

A Academia Francesa estabeleceu o seguinte conceito de computador: “... *máquina automática que permite efetuar, no quadro de programas de estrutura preestabelecidas, conjunto de operações aritméticas e lógicas com fins científicos, administrativos ou contabilísticos*”.¹⁷¹⁹ Esta Academia somente adotou formalmente este conceito no ano de 1967, contudo, a palavra computador – *ordinateur* no vernáculo francês – surgiu na França no ano de 1955, quando a *International Business Machines Corporation* (IBM) contratou um professor de letras para traduzir a expressão “*electronic data processing machine*”. A partir de então, adotou-se a expressão ***ordinateur***, a razão desta inspiração consistiu no fato de na Idade Média Deus ter sido considerado como o grande ordenador, aquele a pôr ordem no mundo.¹⁷²⁰ A conceituação francesa preferiu nomenclatura mais simplificada em relação à norte-americana: “*electronic data processing machine*”, que representava uma descrição analítica. Mas este conceito sobreleva o aspecto *físico* da máquina computacional (o *hardware*), sendo óbvio que neste sentido o

¹⁷¹⁸ CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*, p. 133.

¹⁷¹⁹ BIRRIEN, Jean Yvon. *História da informática*. Porto: Rés editora. Traduzido por Joana Ferreira da Silva, 1996, p. 06.

¹⁷²⁰ Ibidem.

computador apenas se enquadra na conceituação de prova real, pois somente representa de forma inconsciente os fatos pela própria coisa, pela própria máquina.

Entretanto, este conceito não envolve o computador em toda a sua plenitude, pois modernamente está a compreender, invariavelmente, a constituição de uma máquina eletrônica composta de elementos físicos e lógicos, capaz de efetuar, com o uso de linguagem natural, uma notável multiplicidade de tarefas unindo os pressupostos da velocidade aos da precisão operacional.

A partir de 1981 surgiu a *quinta geração* de computadores, os chamados *computadores inteligentes*, também conhecidos por computadores KIPS (*Knowledge Information Processing Systems*).¹⁷²¹ Esta concepção computacional possui as seguintes características: a) gerenciamento da base de conhecimentos; b) solução de problemas mediante inferências dedutivas ou ‘*indutivas*’; c) possibilidade de intercomunicação, através de linguagem natural entre homem e máquina. Mesmo se mantendo até os dias atuais com essas características, a cada momento surgem novidades tanto no campo do *software* quanto no do *hardware*, dentre tais inovações destacam-se: a inteligência artificial; linguagem natural; a altíssima velocidade no processamento de dados.¹⁷²² Um dado relevante para se inserir o computador no conceito de prova pessoal consiste no fato de os computadores inteligentes poderem, como de fato podem, processar “conhecimentos”, ou seja, idéias armazenadas em sua memória, em vez de simplesmente processarem *dados*. A forma de processamento de dados deixou de ser sequencial, pela qual a procura de informações era feita através de “endereços”,¹⁷²³ passando a ser

¹⁷²¹ Sistemas para o processamento de conhecimento da informação.

¹⁷²² LANCHARRO, FERNANDEZ e LOPEZ demonstram que os computadores atuais, conforme suas respectivas configurações, classificam-se em: a)- **Computadores Analógicos**, que funcionam através de sinais elétricos analógicos proporcionais à medidas físicas do tipo contínuo. Sua programação via de regra é predeterminada pela fiação de seus circuitos e têm uso bastante difundido na área de controle de processos; b)- **Computadores Digitais**, são capazes de manipular sinais elétricos do tipo digital e podem ser utilizados com sucesso em qualquer tipo de tarefa. Sua disseminação no mercado atual já abrange 95% dos computadores, devido à sua potencialidade de cálculo e capacidade de armazenamento de dados, ainda com as vantagens de poderem obter a forma de *mainframe* (computadores de grande porte) até computadores pessoais; e, c)- **Computadores Híbridos**, máquinas que se constituem de elementos analógicos e digitais. Em geral, o computador é digital com a capacidade de processar informações analógicas, razão pela qual necessitam de conversores analógico-digital ou digital-analógico, em suas entradas e saídas. Confira-se op. cit. p. 25 e seguintes.

¹⁷²³ Expressão, em geral numérica, que identifica e permite achar uma informação armazenada na memória de um computador.

associativa: a busca da informação é posta em prática pelo conteúdo de determinadas variáveis. A partir de então os computadores, que somente operavam de maneira similar ao raciocínio silogístico aristotélico, foram capacitados a raciocinar com o uso de lógicas de vários valores.¹⁷²⁴

Não se pode pensar em computador (máquina computacional) como um elemento meramente físico, seu conceito pressupõe uma interligação com outros elementos lógicos, bem como com a informática, com a telemática e com a cibernética.¹⁷²⁵ Os conceitos pertinentes ao computador constituem-se em matérias “jurídicas”. A comprovação desta assertiva vislumbra-se no fato de a informática moderna basear-se em três elementos: o **hardware**, representando a parte física, isto é, os elementos materiais componentes do sistema informático, noutras palavras, representa o computador em sentido restrito, - placa-mãe, memória, placa de vídeo, o monitor, gabinete, *etc.* -, como tal, repita-se, pode perfeitamente servir como *prova real*; o **software**, elemento lógico a possibilitar a execução de tarefas pela máquina, pode sem problemas ser concebido como *prova pessoal*; além desses dois elementos há ainda o **firmware**, que, sendo pré-gravado no **hardware**, tende a modificar a concepção tradicional de que *software e hardware* são elementos estanques, ocasionando uma espécie de simbiose facilitadora do uso de lógicas com dois ou mais valores pelos computadores.¹⁷²⁶

Hardware e software já foram objeto de tratamento legislativo através de: *decretos*, como o de nº 75.225 de 15 de janeiro de 1975, o Dec-Lei nº 239, de 28 de fevereiro de 1967, *leis*, como a 4131/62, a 5772/71, a de nº 8244 de 16 de outubro de 1991, que aprovou o segundo plano nacional de informática (PLANIN), dentre outras. A Constituição brasileira, é certo, no seu artigo 22, IV, atribuiu à União, competência privativa para legislar sobre informática. É idéia internacional proteger e inserir o suporte

¹⁷²⁴ LANCHARRO, FERNANDEZ e LOPEZ, op. cit. p. 25 e segs.

¹⁷²⁵ Esta interligação é bastante ressaltada por Limongi França: “... a Informática é a parte da Cibernética que estuda os sistemas determinísticos, com vistas à sua execução em um computador eletrônico, estudando também o modo pelo qual o computador irá processá-los. Daí concluirmos que o estudioso de informática deve estar familiarizado com os princípios da Cibernética e com as noções relativas ao processamento eletrônico de dados”. FRANÇA, Limongi. Cibernética jurídica. *Revista de Direito Civil*. São Paulo, v.37, p. 123. As expressões em negrito foram por nós salientadas.

¹⁷²⁶ Sobre a simbiose entre os elementos computacionais veja-se o item 11 do capítulo 02.

logístico do computador no âmbito do direito do autor.¹⁷²⁷ Em 1987, a lei 7646/87 considerou os programas de computadores como **direitos** relativos à propriedade intelectual.¹⁷²⁸ Em 1994 o Código de Propriedade Industrial introduziu em nosso ordenamento diretrizes traçadas pela Comunidade Econômica Européia, enquadrando os programas de computador nas disposições regidas pelo direito comum. E mais recentemente a lei n.º 9.609/98 garantiu a proteção da propriedade intelectual do *software*, fixando em cinquenta anos o prazo de vinculação ao seu criador. A *pirataria* (cópias não autorizadas) dos *softwares* passou a ser considerada crime de sonegação fiscal.¹⁷²⁹

Em resumo, o enquadramento jurídico do *software* e do *hardware* constitui respectivamente: direito do autor e do direito de propriedade industrial, consistindo na verdade em subdivisões dos denominados direitos intelectuais. Neste contexto, é certo afirmar que o computador, agora relevando o seu aspecto lógico, ou seja, agora considerado enquanto *software*, subsume-se perfeitamente no conceito de prova pessoal, pois nele pode-se encontrar uma afirmação cujo propósito é conferir fé ao que se afirma, isto fica impassível de controvérsia, sobretudo a partir do momento em que as informações computacionais foram dotadas de fé pública, através do método da certificação digital. Em conclusão, e para reforçar o nosso entendimento, relembremos que a definição de *sujeito da prova* abrange pessoa ou coisa que atesta a existência de um fato, logo, não há óbice algum em se conceber o computador como sujeito da prova.¹⁷³⁰

¹⁷²⁷ BITAR, Carlos Alberto. Enquadramento jurídico do “hardware” e do “software”, no plano dos direitos intelectuais. Brasília, *Revista de Informação Legislativa*, n.º 73, jan./mar. 1982, p. 307-26. Este artigo foi também publicado em *Revista de Informática Jurídica*, v. 6, Brasília, 1985, p. 7-23.

¹⁷²⁸ LAPASTINA, Renata. *Plano nacional de informática e automação*. São Paulo: Letras e Letras, 1992, p. 40.

¹⁷²⁹ BERTRAND, André. *A proteção jurídica dos programas de computador*. Lael, 1996, p. 36. No mesmo sentido veja-se: O computador eletrônico a serviço do direito aplicado – múltiplos recursos da informática na segurança e na agilização da justiça pública. BLUM, José Roberto Ópice. *Revista dos Tribunais*, n.º 576, outubro de 1983.

¹⁷³⁰ Sobre a definição de *sujeito da prova*, veja-se: AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*, vol. II, 20. ed., p. 331 e BAPTISTA DA SILVA, Ovídio, *Curso de processo civil*, vol I, (Processo de conhecimento), p. 341.

CONCLUSÃO.

A aplicação da tecnologia cibernética à experiência jurídica é, indiscutivelmente, uma realidade incontroversa cujos efeitos mais importantes sob o prisma acadêmico importaram no reconhecimento de uma nova disciplina jurídica dotada de objeto e métodos de pesquisa próprios e diferenciados dos demais ramos do direito. Isto já é fato, pois inúmeras são as faculdades de direito e cursos de pós-graduação brasileiros que já oferecem esta disciplina em sua grade curricular. Além disso, o direito cibernético detém sobrelevado aspecto não reducionista, típico das teorias exclusivamente formalistas como decorrência do desprezo às questões empíricas. Ademais, um dos grandes problemas do formalismo reside no cancelamento de seu objeto de tudo o que não atenda a moldes epistêmicos pré-determinados, tendência essa verificada também nos empirismos positivistas que priorizando o tecnicismo afastam-se do humanismo.¹⁷³¹ Mas o *direito cibernético*, enxergado sob o ponto de vista da teoria juscibernética preconizada por Losano – estudada no item 16 do capítulo 02 -, possui a vantagem de agregar tanto teorias modelísticas quanto empíricas, proporcionando uma visão deveras abrangente do direito, não lhe sendo apropriadas malsinações redutoras da realidade, salvo pela própria limitação da linguagem e da lógica humanas, já que o problema da redução da lógica binária do elemento físico do computador (*hardware*) restou superado pelo extraordinário desenvolvimento do elemento computacional lógico (*software*). No item 04 do capítulo 02 evidenciamos que a sua inserção na ciência jurídica já foi admitida em vários países, que o situam na seara do *direito público*. Vimos, enfim, que tal conclusão decorreu de dois

¹⁷³¹ SALDANHA, Nelson. *Filosofia do direito*, p. 21.

fatores: primeiro, a essência, o caráter em si mesmo desse *direito*; segundo, o fim jurídico do objeto protegido.¹⁷³²

No Brasil há, ainda, uma injustificada resistência em se admitir a autonomia científica do direito cibernético. Durante décadas foram os próprios juristas os maiores opositores à efetivação da mecanização em qualquer atividade relacionada com o *direito*.¹⁷³³ Defendendo a autonomia dessa nova ciência jurídica, Perez Luño exprime tratar-se de uma disciplina bifronte na qual se entrecruzam uma metodologia tecnológica com o seu objeto jurídico, condicionando as próprias possibilidades ou modalidades da aplicação dos recursos tecnológicos ao *direito*.¹⁷³⁴ Como já tivemos oportunidade de assinalar, secundando Luño, os juristas devem fazer um esforço para superar a tendência de pôr o vinho novo das questões emergentes das mudanças sociais e tecnológicas em velhos odres conceituais e metódicos da dogmática jurídica tradicional. Esta atitude embute uma operação jurídica com coordenadas metodológicas ultrapassadas pelos métodos informáticos.¹⁷³⁵ Há ainda outro aspecto a fundamentar a autonomia do *direito cibernético*: a existência de fontes legislativas, jurisprudenciais, doutrinárias e acadêmicas. É importante que juristas e legisladores estejam atentos para a necessidade de, ao elaborarem leis visando à regulamentação da aplicação da tecnologia ao direito, evitarem disposições dispersas e heterogêneas de modo a não prejudicar a estrutura normativa dessa inexperta ciência.¹⁷³⁶

¹⁷³² AZPILCUETA, Hermilio Tomás. *Derecho informático*, p. 33.

¹⁷³³ “Es cierto que, durante decenios, han sido los juristas los que más se han opuesto a la entrada de la mecanización en cualquier actividad relacionada con el Derecho, pues de todos es sabido la negativa a usar las primitivas máquinas de escribir, el rechazo a las fotocopias, la no admisión de dictáfonos, cintas magnéticas y cualquier outro método de reproducción. Y no digamos nada de cualquier sistema que permita la comunicación a distancia en forma instantánea, entre otros, el principio de que no se acredita la firma del juez o el sello de la oficina que emite el mensaje”. AZPILCUETA, Hermilio Tomás. *Derecho informático*. p. 53.

¹⁷³⁴ LUÑO. *Manual de informática y derecho*, p. 22.

¹⁷³⁵ LUÑO. *Manual de informática y derecho*, p. 21. Em sua dicção: “... realizar un esfuerzo para superar la tendencia congénita a escanciar el vino nuevo de las cuestiones que emergen del cambio social y tecnológico en los odres viejos conceptuales y metódicos de la dogmática jurídica tradicional. De no actuar así se corre el riesgo de operar desde coordenadas metodológicas condenadas ab initio a la obsolescencia. Se halla plena de razón la advertencia sobre: el carácter obsoleto de reglas tradicionales que entran en desuso bajo la presión de la informática (Linant Bellefonds, 1983, 14).”

¹⁷³⁶ Ibidem, p. 22. Também Mario Losano prostra-se contrário à regulamentação legislativa dispersa do direito teleinformático. LOSANO. *A informática jurídica vinte anos depois*, p. 361. Indo ainda mais longe, temos a posição de Dolezalec sustentando a necessidade de comunicação do direito teleinformático em toda América Latina representado por regras juscibernéticas gerais internacionais. DOLEZALEC, Gero. *Informática jurídica y derecho romano para la unificación del derecho en latinoamerica*. São paulo: *Revista de Direito Civil*, nº 27, p. 23-24.

Exemplo disso é a concepção de um processo judicial telemático – projeto de lei da AJUFE – sem a previsão de a certificação digital dos documentos produzidos, fenômeno já regulamentado pela MP nº 2.200-2/01.

1. A proposta de uma *nova teoria geral do processo e do direito processual civil*.

Foi em consideração à falta de preocupação doutrinária com a principiologia dessa disciplina que elaboramos a construção dos princípios constantes do capítulo 17. Pareceu-nos tratar-se de etapa preliminar à propositura de uma nova *Teoria Geral do Processo e do Direito Processual Civil*, em particular. Isto porque a instrumentalidade compõe-se em elemento pertencente tanto ao aspecto material do direito cibernético quanto ao processual. Quando tratamos da contratação eletrônica, por exemplo, patenteamos essa sua nota, talvez exclusivista, em conferir dinamicidade ao próprio aspecto normativo e linear primário. Tal instrumentalidade quando vertida para as relações jurídicas processuais, agora no âmbito da norma secundária, proporcionou a edificação de nossa TGP.

Dizemos tratar-se de uma *Teoria* porque infundimos um conhecimento especulativo e racional lastreado numa lógica própria e revolucionária: lógica alética aplicada ao direito processual em plena compossibilidade com a tradicional lógica deontica, ousando oferecer uma reengenharia do sistema processual civil. Afirmamos tratar-se de uma *Teoria Nova* porque até então ainda não se cogitou estruturalmente disso no Brasil. Observamos que a doutrina italiana, hoje situada no *top* da elaboração científica do processo civil telemático, chegou a propor o reconhecimento da existência de um novo processo civil, mas não de uma nova *teoria* sobre este mesmo processo, embora Francesco Buffa tenha reconhecido a necessidade de reestruturação do processo civil.¹⁷³⁷ Vimos que Glauco Riem até apontou princípios dessa novel relação jurídica processual, mas também

¹⁷³⁷ BUFFA, Francesco. *Il processo civile telematico*. Milão: Giuffrè, 2002, p. XVII.

não chegou a arquitetar uma nova *teoria* para regê-la. Não há como negar estarmos diante uma significativa mudança na natureza do direito processual, como declarou Aires Rover.¹⁷³⁸ Não há como fugir a essa mudança, pois o fenômeno da virtualização do processo ocorre em âmbito mundial.¹⁷³⁹

Esta *Teoria Nova* é também **Geral**, no sentido de que é aplicável a todos os ramos do direito processual. No Brasil isto em breve virá a ser uma realidade, posto que o PL nº 5.828/2001 possibilitou a telematização processual indistintamente às espécies: civil, penal e trabalhista. Ou seja, mesmo com as apreciações aqui efetuadas contra a exclusão do processo administrativo, eleitoral e tributário, mesmo assim, parece-nos clara a generalidade desse processo nascituro. A verificação desse fenômeno na Itália não teve a mesma abrangência generalizante. Daí o surgimento de doutrina restrita ao *processo civile telematico*, embora o D.P.R. 123/01 permita a aplicação da tecnologia aos feitos administrativos.

Sustentamos a concepção de uma **Nova Teoria Geral do Processo** exatamente porque, indiscutivelmente, o surgimento do processo virtual, gênero das espécies: telemático e cibernético, traz à cena fenômeno inexistente nunca antes visto. Disso nascerá a vicissitude – aqui antecipada – de reelaboração e reestruturação de inúmeros pilares do processo cartáceo tradicional. Dentre eles destacamos: a utilização de teleconferência na tomada de depoimentos – civis e criminais; a hipertrofia da publicização das decisões judiciais; a democratização da transparência da prestação jurisdicional permitindo o acesso imediato ao conteúdo das decisões; a internacionalização da jurisdição; a telematização dos atos processuais em geral, com a escatologia das cartas processuais cartáceas, com o perdão pela tautologia; a computacionalização da prova, etc.

Nossa TGP embute uma dupla e interligada visão sobre o conhecimento jurídico: o tratamento lógico, realizado por meio da *formalização* e que, transcendendo ao âmbito da metodologia, estrutura a tradução do fenômeno jurídico processual em ‘bits’

¹⁷³⁸ ROVER, Aires José. *Uso de técnicas computacionais inteligentes no domínio do direito*. In: *Direito e informática. Temas polêmicos*. 1. ed. Livro coordenado por REINALDO FILHO, Demócrito. São Paulo: Edipro, 2002, p. 231.

¹⁷³⁹

tecnológico-digitais; e o tratamento do jurídico vertido para a Teoria Geral do Direito Processual Civil. Nosso ponto de partida inicial foi a teoria de Lourival Vilanova, através de quem demonstramos, no item 01 do capítulo 01, a compatibilidade entre a lógica e a TGD, aliás, citando Geraldo Ataliba, evidenciamos que a metodologia logrará maior rendimento teórico e científico quando se difunde para os domínios da lógica jurídica.¹⁷⁴⁰ A possibilidade de valoração do conhecimento jurídico em planos distintos (o transcendental e o empírico-positivo) não obstaculiza nosso engendro, tanto que fora expressamente reconhecida como possível por Miguel Reale, declarando-se, porém, que aquele condiciona este.¹⁷⁴¹ Pois bem, nossa base empírica é o processo civil, que com a sua telematização restará condicionado pela lógica juscibernética.

**2. Por uma TGP simetricamente generalizada e informaticamente formalizada:¹⁷⁴²
uma nova e estruturante lógica para um novo e telemático processo.**

Como vimos, no item 04 do capítulo 01, a informática conferiu à lógica um contorno pragmático. Através da formalização atinge-se à estruturação proposicional da lógica. O exercício de uma jurisdição tecnológica somente será possível mediante a representação lógico-informática das relações processuais. Esta representação jus-informática é profundamente dependente da formalização do universo processual. Por ela atingem-se enunciados lógicos gerais das relações processuais que serão “válidos” para todo o conjunto de ‘coisas processuais’. Servem para todas as hipóteses processuais porque suas constantes proposicionais não são saturadas de conteúdo material, são invariáveis. Trata-se de uma formalização juscibernética embebida na ontologia processual, tal qual ocorria com a lógica na época clássica, sem representar, contudo, um mero exercício

¹⁷⁴⁰ ATALIBA, Geraldo, em prefácio à primeira edição de *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*, na p. 17, de VILANOVA, Lourival.

¹⁷⁴¹ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 27.

¹⁷⁴² Sem desconhecer a inexistência dos advérbios *simetricamente* e *informaticamente*, propomos sua contextualização sob a forma de neologismos.

metafísico ou exclusivamente ontológico.¹⁷⁴³ O reconhecimento de que todo ponto de partida do conhecimento encontra-se no mundo existencial é admitido por Reale¹⁷⁴⁴ e Lefebvre.¹⁷⁴⁵ Ocorre que na realidade juscibernética do processo telemático o mundo fenomenológico processual é virtual-digital, é nele que se encontram os sujeitos processuais cognoscentes. E este mundo virtual é representado por notações lógicas, que, escritas em linguagem natural, são convertidas por *softwares* tradutores inteligentes – artificialmente falando – em linguagem simbólica compreensível ao *hardware*.

Propomos, pois, uma TGP baseada numa lógica aplicada, revogando-se o óbice apontado por Piaget e secundado por Vilanova no item 03 do capítulo 01.¹⁷⁴⁶ Importa reconhecer que a lógica juscibernética constitui-se numa verdadeira metodologia processual. Por intermédio de cálculos sentenciais, ou seja, da parte da *lógica simbólica* que visa transformar a linguagem humana equívoca numa linguagem uníssona, recorrendo-se a proposições aléticas - verdadeiras ou falsas -, sem que isso constitua óbice à transposição de correlatas proposições deônticas. Sustentamos que a formalização do fenômeno processual não se incompatibiliza com a dialética típica das relações processuais. A aplicação de rotinas computacionais está a pressupor a formalização do fenômeno objeto do respectivo processamento eletrônico. Daí a necessidade de se atribuir a esta formalização um valor simplificador e isto significa uma restrição inerente à lógica formal. Como vimos com Lefebvre a lógica não se basta e não basta, isso porque apresenta um conteúdo apriorístico reduzido ao mínimo estrito e do qual não consegue separar-se. Mas, malgrado isso, e mesmo que a lógica formal seja estática quanto ao seu conteúdo, contrapondo-se ao real que é dinâmico, mesmo assim, é possível conciliá-la com a *lógica dialética*.¹⁷⁴⁷

Como declarado no item 10 do capítulo 01, a lógica processual pertence à espécie *lógica dialética*, porém, sem se confundir com a dialética hegeliana. A lógica processual dialética, obviamente, patenteia uma derivação da lógica dialética material,

¹⁷⁴³ Sobre a ontologia da lógica clássica, vide MORA, Ferrater, *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Loyola, 2001, tomo 3, p. 1776.

¹⁷⁴⁴ REALE, Miguel, op. cit. p. 27.

¹⁷⁴⁵ LEFEBVRE, op. cit. p. 49.

¹⁷⁴⁶ "... la méthodologie ne fait partie de la logique et rien n'est plus équivoquée que le terme logique appliquée". PIAGET, Jean, ap. VILANOVA, Lourival. *Lógica jurídica*, p. 66.

¹⁷⁴⁷ LEFEBVRE, op. cit. p. 24-25.

todavia, guarda uma indiscutível autonomia em face desta, como ficou comprovado no item 10.2 do capítulo 01, quando aventamos o problema da sucumbência e dos incidentes processuais. A lógica processual dialética pode embutir outra lógica processual dialética do tipo acessório e cuja causa encontra-se na própria relação jurídica processual. É o que acontece com a dinâmica de um incidente de impugnação ao valor da causa.

Outra peculiaridade da lógica de nossa TGP tecnológica refere ao seguinte: a informatização do fenômeno jurídico, a concepção do processo telemático, por exemplo, requer a sua *formalização*. Mas esta *formalização* não veda a compatibilização com a lógica jurídica tradicional, pois a logicização juscibernética não impede a desformalização da lógica.¹⁷⁴⁸ Ao contrário, a substituição de categoremata e sincategoremata – variáveis e constantes lógicas – é factível no âmbito juscibernético, ou seja, continuará sendo possível traduzir a experiência jurídica em categorias sintáticas, só que ‘*informáticas*’. Tudo isso exige uma reestruturação lógica em proposições aléticas a fim de torná-las compreensíveis ao computador. Nada, entretanto, virá a alterar o caráter deôntico da lógica jurídica, mas apenas acrescentar-lhe o aspecto alético, antes impensado.¹⁷⁴⁹ Em nossa proposta a norma continuará a assumir o papel sintático de termo antecedente, o fator deôntico será a sua consequência. Enfim, e abstraindo o apenas aparente paradoxo, aquela ‘desformalização’ decorrente da juscibernetização da lógica não suprime o seu caráter formal. Mesmo em ambiência tecnológica, a jurisdicização da lógica não afetará o seu caráter formal, pois suas estruturas serão sempre aptas a recepcionar o objeto jurídico: espécie de objeto deôntico.¹⁷⁵⁰ Como ensinou Vilanova, a lógica só pode ser concebida como lógica jurídica formal porque formaliza linguagem do direito positivo, vinculando-se, assim, às normas jurídicas que são o seu objeto.

As linguagens computacionais de alto nível proporcionaram a escrita de proposições lógicas em linguagem natural. Ao adquirirem independência em face do *hardware* possibilitaram a utilização de um mesmo programa em diferentes equipamentos, mediante o uso de programas compiladores. Estes programas compiladores ou tradutores tornaram viável a execução de *softwares* em linguagem binária de máquina, de baixo nível,

¹⁷⁴⁸ Vide item 11 do capítulo 01.

¹⁷⁴⁹ Antes da juscibernética.

¹⁷⁵⁰ Sobre o caráter deôntico da lógica formal veja-se VILANOVA. *Causalidade e relação no direito*, p. 70.

tendo como entrada um programa escrito em linguagem simbólica: programa-fonte, e como saída um equivalente escrito em linguagem compreensível para o *hardware*.

3. Uma nova teoria para um novo processo.

Um novo processo requer uma nova teoria. Por isso encerramos nossas considerações últimas com as linhas mestras dessa *Nova Teoria Geral do Processo e do Direito Processual Civil*. Indiscutivelmente, a aplicação da tecnologia ao processo surtirá efeitos também nos processos penal e trabalhista e, quiçá, nos administrativo, eleitoral e tributário, abrangendo, portanto, a todo o gênero processual. Mas, nada obstante isto, procedemos com a análise do processo civil de conhecimento deixando de lado maiores digressões sobre os demais ramos. Isso porque o processo civil constitui-se no carro-mestre do direito processual, sendo aplicável subsidiariamente a todas as demais ramificações.

O que confere unidade a uma TGP é o conceber-se o *processo* como o seu instrumento de efetivar direitos, e mesmo que se reconheça a existência de ramos autônomos a existência de uma base comum justifica a generalização da teoria.¹⁷⁵¹ Ora, sendo certo que a “teoria geral do processo é a parte que estuda as generalidades do direito processual”,¹⁷⁵² não há como negar que a nossa proposta é generalizante, pois a virtualização do processo com os consectários *sub-principiológicos* é aplicável a todos os ramos do gênero *processo*. Por outro lado, também nos centramos sobre uma proposição teórica particular ao direito

¹⁷⁵¹ Isto é reconhecido inclusive por Frederico Marques, malgrado a sua visão dualista sobre a TGP: “Quando se afirma a unidade do Direito Processual, não se está admitindo que seus dois ramos principais sejam idênticos. O que se pretende, com a afirmativa, é mostrar que existe uma base comum entre o processo civil e o processo penal, onde pode assentar-se uma Teoria Geral do Direito Processual”. MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, 1. reedição. Vol. I, p. 27

¹⁷⁵² Conceito extraído de MEDEIROS, Hortêncio Catunda de. *Esquema de teoria geral do processo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 01, onde o autor secunda entendimento SAUER.

processual civil.¹⁷⁵³ Assim, passemos a enumerar os pontos justificadores do apontamento de uma nova TGP.

4. A sistemática processual civil de 1973 e o processo civil de 2003.

Como vimos nos itens 04 a 08 do capítulo 06, o código de processo civil fora concebido com a idéia de que cada espécie de tutela seria regida por um livro específico, tendo inovado no cenário legislativo mundial ao criar um livro somente para o tratamento das cautelares (o de nº III). Tal sistemática, porém, encontra-se em estado de insofismável falência, tudo em razão do não atendimento à efetividade das decisões judiciais. Em 1994 teve início uma revolução desconstrutivista da idéia atrial do CPC. Através da lei nº 8.952, de 13.12.1994, estabeleceu-se a tutela antecipada no artigo 273, passando-se a conferir eficácia imediata às decisões interlocutórias mistas precipitantes dos efeitos da sentença. O sistema, porém, tornou-se ilógico! A partir de então, uma sentença – genericamente considerada – passou a ter menos força que uma dessas decisões antecipatórias da tutela, mesmo naquelas espécies onde o juiz tenha cognição plena e exauriente, e, nestas, cognição meramente sumária. Contra a sentença admite-se recurso de apelação recepcionado nos efeitos devolutivo e suspensivo, salvo as hipóteses descritas no artigo 520. Contra as decisões antecipatórias da tutela somente tem cabimento o recurso de agravo,¹⁷⁵⁴ que, de regra, tem efeito meramente devolutivo, salvo quando o

¹⁷⁵³ Entende-se por teoria particular do processo: “... a parte da teoria do processo que estuda determinado ramo do direito processual civil (...) Há tantas espécies de teorias particulares do processo quantas forem as espécies de direitos processuais”. Ibidem.

¹⁷⁵⁴ Vamos abstrair o caso de admissão de apelação quando são deferidas no corpo da sentença.

relator entender de lhe conferir eficácia suspensiva mediante a constatação de uma das situações do artigo 558. A situação eficaz é paradoxal.

Esta ilogicidade adveio de uma sobreposição de razões de ordem prática sobre as de ordem teórica. Com o advento da lei nº 10.444/02, restou modificada a idéia mestra de Liebman secundada por Buzaid, pela qual cada tutela requeria um livro próprio. A alteração dos artigos 621 e 644 e a instituição do 461-A foram *profundas*: dispensou-se a ação autônoma de execução para o cumprimento do preceito judicial (sentença) proferido em demandas cujos objetos sejam, respectivamente, obrigação para entrega de coisa e obrigação de fazer e não-fazer. As espécies de obrigações para entrega de coisa agora são ‘executadas’, isto é, ‘efetivadas’ simplesmente expedindo-se mandado de busca e apreensão (obrigação de entrega de coisa móvel) ou de imissão na posse (coisa imóvel), ou ainda, com a fixação de astreintes por dia de atraso em se tratando de obrigações de fazer ou não-fazer. As de obrigações de fazer e não-fazer, na forma já estatuída no artigo 461, isto é, com a fixação de astreintes para “convencer” o réu a adimplir sem arcar com encargos indiretos. Esta conclusão constava já da exposição de motivos do projeto da lei nº 10.444/02, a idéia pertence a Teori Albino Zavascki.¹⁷⁵⁵ Logo, em

¹⁷⁵⁵ “*A mesma sistemática do artigo 461 é proposta, por sugestão de Teori Savascki, para as obrigações para entrega de coisa, ficando eliminada a ação autônoma de execução de tais obrigações nos casos em que o título for judicial...*”. SANTOS FERREIRA. *Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 252. Grifamos.

De fato, consultando o próprio Zavascki constatamos a pertinácia dessa idéia: “... realça-se a importância da adaptação do Código ao novo sistema de tutela jurisdicional das obrigações de entregar coisa, agora também contempladas, a exemplo das obrigações de fazer e não fazer, em ação executiva lato sensu (art., 461-A). Constata-se, assim, a inversão do sistema original: antes as obrigações de entregar coisa e de fazer e não fazer só podiam ensejar ação de execução baseada em título judicial; agora, ao contrário, ressaltados os casos excepcionais adiante referidos, só ensejam ação autônoma de execução quando fundadas em título extrajudicial. Não havendo título constituído, o cumprimento dessas obrigações ocorrerá no âmbito da mesma relação processual em que se desenvolver a atividade cognitiva”. SAVASCKI. *Liquidação e execução*. Comentário às reformas do CPC. *Jornal da Associação Nacional dos Procuradores Federais – ANPAF*. Brasília: Março/2003, nº 35, p. 12. Sem negritos no original.

se tratando de obrigação de fazer e não-fazer, ou para entrega de coisa, a execução, na forma de ação autônoma, restringe-se às demandas lastreadas em títulos executivos extrajudiciais. A partir da vigência da Lei nº 10.444/02, os artigos 621 a 632 e seguintes limitam-se às execuções baseadas em títulos executivos extrajudiciais.¹⁷⁵⁶

A ação autônoma de execução cedeu lugar para a novel fase de *efetivação* da sentença. Isto significa que no âmbito da própria tutela cognitiva confere-se a satisfatividade da pretensão prescindindo-se da relação processual de execução. Com isso se privilegia a parte autora em detrimento de quem, mesmo não tendo direito, beneficiava-se da lentidão processual, típica da cognição, e da suspensividade procedimental proporcionada pelos embargos à execução (artigo 739, § 1º). Constata-se uma tendência em se compactar cada vez mais o processo inserindo-se as tutelas executivas e cautelares na circunferência lógico-normativa do processo de conhecimento.¹⁷⁵⁷ Hoje, as ações ordinárias têm realmente *pungência* eficaz. Para se confirmar isso basta lembrar do aparecimento da tutela inibitória do artigo 461, pela qual é possível haver provimento jurisdicional (em processo de conhecimento regido pelo rito ordinário) seguido de efetivação anterior à lesão a direito. A tutela inibitória, por si só, já representa o surgimento de uma nova espécie de tutela de cognição. Auto-executável ou mandamental,¹⁷⁵⁸ quando de conteúdo negativo, não se confunde com a tutela de execução de obrigação de não-fazer (artigos 632 e seguintes). Ali (artigo 461), ter-se-á provimento judicial negativo, impondo-se ao réu uma abstenção. Aqui (artigo 632), ter-se-á sempre provimento judicial positivo, impondo-se ao réu um comportamento comissivo, um desfazer, pois, pressuposto da ação executiva é o descumprimento do preceito contratual pelo réu. É preciso que este faça o que não deveria ter feito.

¹⁷⁵⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 235 e 239.

¹⁷⁵⁷ Aliás, essa tendência do direito processual já havia sido sugerida por FROSINI, cf. op. cit. p. 173.

¹⁷⁵⁸ Ou como preferem alguns: ação executiva *lato sensu*.

Aquela mesma lei 10.444/02 também trouxe para o contorno do processo de conhecimento as tutelas cautelares. Isto restou facultado pela inserção do § 7º ao artigo 273. Agora, havendo requerimento para antecipar a tutela, mas correspondente à providência de natureza cautelar, deve o juiz conceder a cautelar, sendo verdadeira, também, a recíproca da fungibilidade, como já argumentamos. O processo de conhecimento de hoje está muito distante daquele de outrora, tornou-se híbrido e satisfativo-efetivo.

Concluindo, temos hoje um processo completamente diferente daquele sobre o qual se desenvolveu a TGP brasileira tradicional. Como observa Francisco Cavalcanti, os pilares do código de 1973 estão corroídos pelas várias reformas até aqui empreendidas.¹⁷⁵⁹ A necessidade de reavaliação dos conceitos e princípios do processo civil é também defendida pelo Ministro do STJ Pádua Ribeiro.¹⁷⁶⁰ Aquela compactação satisfativo-operacional do processo de conhecimento pede, no mínimo, uma reformulação já que as idéias mestras do código de 1973 foram sensivelmente abaladas. Nós, porém, cremos que uma nova sistemática dogmática requer uma nova teoria.

¹⁷⁵⁹ “O Judiciário brasileiro debate-se em grave crise. Os problemas que o afligem, que dificultam, retardam e, na prática, muitas vezes, até impedem a prestação jurisdicional têm três vertentes. ‘São elas: a institucional, a estrutural e a relativa aos procedimentos’ As duas primeiras para serem efetivamente atacadas necessitam que se tenha uma efetiva reforma do Judiciário, com alterações constitucionais. A vertente procedimental tem sido objeto de intervenções pontuais. O Estado brasileiro tem optado por modificações em dispositivos específicos do CPC a partir de trabalhos de grupo de juristas, ao invés de realizar uma grande revisão no Código, já próximo de alcançar trinta anos de vigência. As alterações tópicas se por um lado são menos traumáticas, por vezes, tem um lado negativo que é o da corrosão dos pilares do código de 1973”. CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. *Inovações no processo civil em matéria recursal. Considerações sobre a Lei nº 10.352/01.* www.jusnavegandi.com.br.

¹⁷⁶⁰ “... julgo necessário repensar conceitos e princípios básicos do Direito Processual Civil, visando adequá-los às exigências dos tempos modernos”. RIBEIRO, Antônio de Pádua. *As novas tendências do direito processual civil.* In Revista Eletrônica do Superior Tribunal de Justiça. Vide: www.cjf.org.br.

5. Em relação à ação.

O advir do código de 1973 perfeitamente envolveu numa ambiência ainda privatista da ação e do processo. Hoje, contudo, isso importa em inadmissível anacronismo ideológico-processual.¹⁷⁶¹ No item 03 do capítulo 07, vimos que quando Liebman ideou sua teoria eclética da ação concebeu-a com três condições: 1º - a possibilidade jurídica do pedido; 2º - a legitimação para agir; 3º - o interesse de agir. Alfredo Buzaid, que fora discípulo de Liebman, acatou-a integralmente (inciso VI do artigo 267). Depois, Liebman redimensionou sua teoria, pondo a possibilidade jurídica do pedido no contexto do interesse de agir, não mais logrando o *status* de condição autônoma da ação.¹⁷⁶² Ora, só esse fato solicita juízo revisor da TGP ensinada nos manuais. Tanto que Marinoni chegou a vergastar a teórica eclética como estando ‘muito próxima’ da teoria da ação como direito concreto.¹⁷⁶³ Como já apontamos alhures, a solução de fuga do concretismo exige a decretação de carência logo *initio litis*. Trouxemos à luz, também, no mesmo capítulo, o pensamento de Ovídio Baptista e Araken de Assis, para os quais a extinção do processo motivada pela ausência de uma condição da ação importa em apreciação do mérito da causa, sem prejuízo da regular conformação processual.¹⁷⁶⁴¹⁷⁶⁵

¹⁷⁶¹ Pádua Ribeiro, enfaticamente, posta-se contra a idéia privatista do processo, que apesar de ultrapassada ainda vigora entre nós: “O Estado, ao vedar, salvo em casos excepcionais, a autotutela dos direitos, chamou a si a tarefa de solucionar os conflitos intersubjetivos de interesses, fazendo-o mediante o processo. Todavia, a doutrina processual, desenvolvida a partir de fins do século passado, teve basicamente uma concepção individualista dos litígios. Por isso, dentre outros princípios, conferir legitimação para a causa aos titulares do direito subjetivo violado e limitar os efeitos da coisa julgada às partes da demanda: (...) a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, diz o art. 472 do CPC. Essa concepção individualista do processo ficou superada, mostrando-se insuficiente para atender às exigências dos tempos modernos, de uma sociedade de massa cada vez mais consciente dos seus direitos, embora a grande maioria dos seus membros sinta-se, na prática, impossibilitada de exercitá-los pela dificuldade de acesso aos órgãos componentes do sistema judiciário”. Ibidem.

¹⁷⁶² Neste sentido veja-se nota de nº 106, do professor Cândido Rangel Dinamarco em LIEBMAN. *Manual de direito processual civil*, p. 160.

¹⁷⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 120.

¹⁷⁶⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de processo civil*. Vol. I. p. 107.

Vê-se, mais uma vez, que a teoria estruturante da ação também não corresponde à realidade processual. Demonstrado, portanto, que a doutrina brasileira de hoje diverge da de ontem, é deveras adequada a proposição que admite o exame do mérito mesmo quando o pedido for juridicamente impossível,¹⁷⁶⁶ faltar legitimidade para a causa, ou interesse de agir. Para tanto, faz-se indispensável que o decreto judicial adentre nos setores do conflito de interesses (lide) objeto da demanda, ou seja, recorrendo a uma designação carneluttiana, no conteúdo do processo;¹⁷⁶⁷ ou quando a carência de ação não for detectada e pronunciada no começo da relação processual.

6. Quanto à intervenção de terceiros.

Outra questão chave em nossa ‘construção’ consiste na defesa da ‘desconstrução’ do capítulo 06 do título 02 do livro 01: da intervenção de terceiros. O nosso CPC dispôs de modo minudente sobre este tema. Logo no item 01 do capítulo 10, denotamos que não há uma única teoria capaz de envolver o conceito de todas as figuras consideradas como terceiro. Se a teoria cronológica falha por não levar em conta a relação jurídica de material discutida no processo, a da substantividade também erra ao considerar o chamado ao processo (artigo 77) como terceiro, considerando que nesse caso houve efetiva participação na relação de direito material. Depois, vimos que o artigo 62 excluiu o possuidor da

¹⁷⁶⁵ ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 307.

¹⁷⁶⁶ Expressamente admitindo a extinção do processo com apreciação do mérito, trouxemos à luz, no capítulo 07, a postura de THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol. I. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 55. Nesta ocasião também apontamos a jurisprudência do STJ firmando-se neste mesmo sentido: Recurso Especial Nº 1.751-SP -- (Reg. nº 89.0012835-3).

¹⁷⁶⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Tradução de A. Rodrigues Queiró. São Paulo: Saraiva, 1942, p. 93.

tipificação da nomeação à autoria, gerando, por isso, a necessidade de recorrência à hermenêutica *contra legem* a fim de se ampliar as suas hipóteses de incidência para além do mero detentor. A solução de Buzaid, jogando o caso do possuidor para o inciso II do artigo 70 foi rechaçada pela doutrina.¹⁷⁶⁸ Sendo oportuno lembrar a lição de Sidney Sanches, para quem a incidência deste dispositivo é dependente de o possuidor indireto haver assumido obrigação de garantir a posse direta do outro contratante, sob pena de não cabimento.¹⁷⁶⁹ Enfim, são tantos os problemas relacionados com as espécies interventivas que nem mesmo o legislador reformador escapou de incorrer em equívoco, gerando a esdrúxula situação apontada no item 5.2 do capítulo 10.

Pelo que, propomos uma reconsideração legislativa dos institutos reguladores da intervenção de terceiros, tal como se deu em Portugal em 1995, reduzindo-se os *numeros clausus* legais para hipóteses provocadas e espontâneas genéricas, devendo o juiz em cada caso examinar o direito de cada interveniente. Uma TGP tecnológica reclama facilitação ao acesso à justiça, não dificuldade. Então, *de lege lata*, pugnamos: pela distinção entre litisconsorte facultativo e assistência litisconsorcial, pois a confusão entre estes dois institutos acarreta consequências processuais indevidas; pela vinculação ao assistente da fundamentação da sentença em face do assistido; pela ampliação analógica do tipo do artigo 62 para se admitir a nomeação à autoria também ao possuidor, já que a previsão legislativa do inciso II do artigo 70 não o envolve; pela facultatividade irrestrita da denunciação da lide, pois do contrário restará prejudicado o direito de regresso e o direito de acesso aos tribunais, não mais compatível

¹⁷⁶⁸ BARBI, op. cit. p. 194.

¹⁷⁶⁹ SANCHES, Sidney. *Denunciação da lide no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 84-5.

**com o direito processual civil atual posto que hoje se encontra atrelado à
Constituição Federal.¹⁷⁷⁰**

7. Quanto à jurisdição e à coisa julgada inconstitucional.

Evidenciamos no item 16 do capítulo 06 que o instituto da jurisdição galgou posição central no sistema processual sobrepondo-se tanto em relação à ação quanto ao processo e, redundando, finalmente, no que, na Europa, já se define como um novo direito jurisdicional. Neste contexto, tem adequação a lembrança da evolução histórica do direito processual aventada no item 07 do capítulo 18. Ora: se saímos da era da exegese procedimentalista francesa para a idéia de *sistema* processual, acarretando isso uma nova concepção do direito processual; se a chegada do cientificismo alemão quebrou o estigma de que o processualista não devia transcender à *forma* estabelecida pela lei;¹⁷⁷¹ se o século XX presenciou o afastamento do processo e da ação do epicentro da teoria processual, para dar lugar à jurisdição; logo, resta obviado o advir de uma nova era processual-jurisdicional. E acrescentamos: se a tecnologia demonstra-se como supedâneo do processo do século XXI, conseqüentemente, resta admitirmos o surgimento de um novo direito jurisdicional-tecnológico. Esta presença central da jurisdição na teoria processual trouxe como conseqüência: uma nova maneira nas tratativas entre os poderes estatais; uma inexperta forma de exercício dos direitos dos cidadãos frente à função jurisdicional;¹⁷⁷² e, sobretudo, a admissão de um processo civil de massas, um processo civil solidário onde o publicismo supera o privatismo, típico do século passado,¹⁷⁷³¹⁷⁷⁴ e onde as relações jurídicas

¹⁷⁷⁰ Sendo pertinente relembrar que vários autores posicionam-se pela facultatividade irrestrita da denunciação da lide, dentre eles: José Carlos Barbosa Moreira, Jacy de Assis, Paulo Restiffe Netto, como vimos na referência a GONÇALVES, Aroldo Plínio, op. cit. p. 203.

¹⁷⁷¹ MOTERO AROCA, op. cit. p. 36.

¹⁷⁷² MOTERO AROCA, op. cit. p. 36.

¹⁷⁷³ CAPPELLETTI, Mauro. *El proceso civil en el derecho comparado. Las grandes tendencias evolutivas*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1973, p. 44-5.

¹⁷⁷⁴ DINAMARCO. *A instrumentalidade do processo*, p. 77-80.

processuais desenvolver-se-ão em autos digitais e os atos do processo praticar-se-ão de forma telemática.

Doutro turno, a idéia de um direito processual-jurisdicional não conseguiu acompanhar a inflação de demandas na máquina judiciária (vide item 7, subitem 4.2, capítulo 18). A tecnologia, então, apresenta-se como alternativa à resolução deste problema. Aqui, põe-se o estabelecimento de nossa TGP com agregação de fundamento ético *giuritecnico*,¹⁷⁷⁵ isto é, num ambiente processual no qual o juiz assume o papel de agente facilitador na efetivação de direitos, preferindo a resolução dos conflitos em detrimento da extinção de processos por defeitos de forma. Essa TGP escalona a hierarquia normativa nos moldes preconizados no item 12 do capítulo 16, ou seja, admitindo uma *jurisprudencia more geometrico demonstrata termostática*, pela qual se garantem os princípios de direito natural mesmo quando, eventualmente, não estiverem *trivializados*,¹⁷⁷⁶ isto é, constitucionalizados ou positivados de qualquer modo. Os princípios de direito natural, todavia, e é sempre bom refrisar, logram função termostático-retroalimentadora-neojusnatural. Prevalecerão sobre as demais regras estando, ou não, positivados. Uma TGP tecnológica não admite a separação entre moral e direito, mas recorre à teoria dos princípios de Robert Alexy para oferecer um mecanismo processual pelo qual se conceba a norma enquanto gênero e as regras e os princípios como subespécies.¹⁷⁷⁷ Valendo-nos sempre da Constituição como fonte primeira e inderrogável do processo, concebemos os princípios em idêntico nível hierárquico, optando – para a hipótese de choque entre princípios – pelo critério da ponderação dando-se prevalência ao valor mais relevante e *proporcional* para o caso concreto (vide capítulo 16).

Daí admitirmos a existência da coisa julgada inconstitucional, pois que enxergamos o exercício da jurisdição sempre atrelado à idéia de justiça. Logo, sendo óbvio que situações como a de certos pensionistas que chegam a perceber mensalmente dos cofres públicos mais de cinquenta mil reais, porque protegidos pelo manto da coisa julgada,

¹⁷⁷⁵ No sentido de FROSINI, Vittorio. *Cibernetica, diritto e società*, p. 12-3.

¹⁷⁷⁶ Menção a FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1990, p. 160-161.

¹⁷⁷⁷ ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. 2. ed. Tradução de Manuel Atienza. México: BEFDP – Biblioteca de Ética, Filosofía y Política, 1998, p.8. No mesmo sentido: MAIA, Antônio Cavalcanti e SOUZA NETO, Cláudio Pereira, op. cit. p. 84-5.

agridem o senso crítico da moralidade e de justiça. A destruição de situações injustas – como essas – é o que fundamenta a aceitação da coisa julgada inconstitucional, tal como preconizara Dinamarco.¹⁷⁷⁸ Em conclusão, nossa tese traz a teoria de Nelson Saldanha para o nível processual, admitindo que o direito é ordem, mas é também, e muito mais, hermenêutica. Esta é quem dá o sentido daquela – tal como preconizado por Moncada¹⁷⁷⁹ – onde o juiz tem o dever de pôr a ‘ordem’ sotoposta à hermenêutica, a qual deve sempre aduzir à sua irrenunciável perspectiva historicista.¹⁷⁸⁰ É assim que encerramos nossas considerações finais.

¹⁷⁷⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Coisa julgada inconstitucional*. Coord. NASCIMENTO, Carlos Valder do, p. 39.

¹⁷⁷⁹ Com o perdão pelas repetições: a lei reina mas quem governa é a jurisprudência.

¹⁷⁸⁰ “... ao princípio propriamente dito falta a positividade específica que, em todo ordenamento, cabe à norma como tal”. SALDANHA, Nelson. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 201.

BIBLIOGRAFIA

LIVROS

- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. 1 v.
- COSTA, Tito. *Recursos em matéria eleitoral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. Saraiva, São Paulo, 1998.
- FERREIRA COSTA, Elcias. *Compêndio de Direito Eleitoral*. 1. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1978.
- GARCIA, Dinio Santis. *Introdução à informática jurídica*. São Paulo: USP - Universidade de São Paulo, 1976.
- LANCHARRO, E. Alcalde & FERNANDEZ, Salvador Peñuelas & LOPEZ Miguel Garcia. *Informática básica*. Tradução de Sérgio Molina. São Paulo: Markron Books, 1996.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996,
- MENDES DE CERQUEIRA, Manfredi. *Matéria eleitoral*.
- NEGRÃO, Theotonio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 28. ed. Saraiva: São Paulo, 1997.
- PENZIAS, Arno. *Idéias e informação*. Tradução de Jorge Casimiro. Lisboa: Gradativa, 1992.
- RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia: secularização e crise no pensamento jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 1 v.

-
- VENTURA, Luis Henrique. *Comércio e contratos eletrônicos – aspectos jurídicos*. 1. ed. Bauru: Edipro, 2001.
- VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 2. ed. Saraiva, São Paulo, 1984.
- *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- *Lógica jurídica*. São Paulo: José Bushatsky, Editor. 1976.
- WIENER. *Cibernética e sociedade - o uso humano de seres humanos*. Tradução de José Paulo Paes. Original em inglês: *The human use of human beings*. 5. ed. São Paulo: Cultrix, 1993.
- ARAÚJO, Tomaz. *Cibernética sistema do direito – considerações*. Comunicação Instituto dos Magistrados do Brasil, Recife.