

ISSN - 0101-1480



Estado do Rio Grande do Sul
Procuradoria-Geral do Estado

Revista da PGE

Procuradoria-Geral do Estado RS



v.33 n.70
julho/dezembro de 2012

REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Publicação da Procuradoria de Informação, Documentação e Aperfeiçoamento Profissional

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ISSN 0101-1480

RPGE	Porto Alegre	v. 33	n. 70	p. 1 - 202	jul./dez. 2012
------	--------------	-------	-------	------------	----------------

Revista da Procuradoria-Geral do Estado / Procuradoria-Geral do Estado do
Rio Grande do Sul. – Vol. 9, n. 24 (1979) - . - Porto Alegre : PGE,
1979-
v.; 21 cm.
Semestral.

Publicação interrompida de 2008 a 2010.

Continuação da: Revista da Consultoria-Geral do Estado, v.1-9, n. 1-
23 (1971-1979).

ISSN 0101-1480

Catálogo na publicação: Biblioteca da PGE/PIDAP

Todos os direitos são reservados. Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida desde que citada a fonte, sendo proibida as reproduções para fins comerciais.

Os artigos publicados nesta revista são de exclusiva responsabilidade de seus autores e não representam necessariamente a posição desta Procuradoria-Geral.

**Procuradoria-Geral do Estado do RS
Procuradoria de Informação, Documentação e
Aperfeiçoamento Pessoal**

Av. Borges de Medeiros, 1501 – 13. Andar
90119-900 Porto Alegre/RS
Fone/Fax: (51) 32881656 – 32881652
E-mail: conselho-editorial@pge.rs.gov.br
Site: <http://www.pge.rs.gov.br>

Pede-se permuta
Piedese canje
We ask exchange
On demande échange
Wir bitten um autausch
Si richiede lo scambio

Impresso no Brasil

TARSO FERNANDO HERZ GENRO

Governador do Estado

BETO GRILL

Vice-Governador do Estado

CARLOS HENRIQUE KAIPPER

Procurador-Geral do Estado

ROSELAINÉ ROCKENBACH

Procuradora-Geral Adjunta para Assuntos Administrativos

BRUNO DE CASTRO WINKLER

Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos

PAULO ROBERTO BASSO

Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Institucionais

LUÍS CARLOS KOTHE HAGEMANN

Corregedor-Geral da PGE

JULIANO HEINEN

Coordenador da Procuradoria de Informação,
Documentação e Aperfeiçoamento Profissional

CONSELHO EDITORIAL

Carlos Henrique Kaipper
(Presidente)
Fabiana Azevedo da Cunha Barth
Itiberê de Oliveira Castellano Rodrigues
José Luis de Bolzan Moraes
Juliano Heinen
Márcia Regina Lusa Cadore Weber
Max Möller

EQUIPE TÉCNICA

(Execução, revisão e distribuição)

Maria Carla Ferreira Garcia
Secretária-Executiva
Bibliotecária crb 10/1343

Corag 
Imprensa Oficial
do Estado do Rio Grande do Sul

Av. Cel. Aparício Borges, 2199
Fone: (51) 3288-9700
E-mail: editora_tecnica@corag.com.br
www.corag.com.br

SUMÁRIO

EDITORIAL	7
DOCTRINA	
Admissibilidade dos Recursos Ordinários pelo Prisma do Formalismo-Valorativo Ernesto José Toniolo	9
A Razoável Duração do Processo nas Experiências Européia e Brasileira Isabel da Cunha Bisch	47
Presunções e Ficções no Direito Probatório Carlos Alberto Alvaro de Oliveira	79
A Democracia Efetiva Através do Processo Civil Rennan Faria Thamay	87
A Parte Geral dos Recursos no Projeto de Lei n. 8.046/2010: novo Código de Processo Civil Maria Carolina Rosa de Souza	125
Da Interrupção do Prazo Prescricional pelo Ingresso em Juízo: da previsão inscrita no inciso I do artigo 202 do Código Civil Guilherme de Souza Fallavena	147
TRABALHO FORENSE	
Memorial ao Recurso Extraordinário n. 631.444/RS Guilherme Valle Brumm	187



EDITORIAL

Neste número, a *Revista da Procuradoria-Geral do Estado* aborda os desafios enfrentados pelo Direito Processual Civil na atualidade. Esse ramo do direito, tal qual o próprio processo, trilhou um caminho muitas vezes contemplado de debates, nuances e contrapontos. Apesar disso, jamais perdeu a noção de seu fim, qual seja, a busca pela efetividade do direito material.

E o cenário que se apresenta nesse ramo do Direito em específico sofrerá, em um futuro próximo, um câmbio radical, dada a iminente edição de um novo Código de Processo Civil. Esta legislação deve, de modo suficiente e necessário, permitir que se consiga compatibilizar, entre outros aspectos, a segurança das relações jurídicas e a celeridade, bens jurídicos que, a princípio, competem entre si. Privilegiar a celeridade em detrimento da segurança, seria o mesmo que construir um processo sem sentido, sendo um fim em si mesmo, porque se corre um risco intenso de se cometer injustiças, onde se minimiza o espaço da ampla defesa, do contraditório e da análise verdadeira de todos os argumentos das partes. De outra forma, dar ênfase quase que somente à segurança jurídica, gera situações nas quais o processo acaba frustrando as expectativas das partes, por não dar uma resposta rápida e efetiva à resolução dos conflitos, o que dimana a sua debilidade em resolver os problemas sociais.

Para auxiliar no debate atual, esta edição da *Revista da Procuradoria-Geral do Estado* aborda temas de altíssima relevância no limiar do direito processual civil, o que reforça o compromisso deste periódico em se manter como uma canal de divulgação do pensamento sobre estas questões. Que este número, então, proporcione a todos uma boa leitura.

Juliano Heinen,
Coordenador da PIDAP.



ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS ORDINÁRIOS PELO PRISMA DO FORMALISMO-VALORATIVO

Ernesto José Toniolo¹

SUMÁRIO: Introdução. Da classificação dos requisitos de admissibilidade dos recursos. Do cabimento dos recursos. Da legitimidade para recorrer. Do interesse em recorrer. Da tempestividade dos recursos. Da exigência de regularidade formal. Dos fatos extintivos ou impeditivos do direito de recorrer. Da exigência de preparo. Conclusão. Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

Segundo conceitua a doutrina brasileira em geral, recurso é “o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento da decisão judicial que se impugna²”. Trata-se de mecanismo que possibilita o reexame ou a

¹ Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Doutorando e Mestre em Direito pela UFRGS. Professor convidado do curso de Especialização em Processo e Constituição da UFRGS. Professor dos Cursos de Especialização em Direito do Estado e Processo Civil da Escola Superior de Advocacia Pública – ESAPERGS, da Fundação Escola Superior do Ministério Público – ESMP, da Escola Superior da Defensoria Pública – FESDEP e do Verbo Jurídico.

² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 14ª edição, 2008, Rio de Janeiro: Forense, p 24. Trata-se de conceito de recurso adaptado ao nosso direito processual civil positivado, de forma a abranger, também, o objeto dos embargos de declaração, mas que dispensa a necessidade de que o juízo recorrido seja distinto ou superior ao prolator da decisão. Já no direito processual civil alemão, positivado na ZPO, os recursos seriam os remédios jurídicos através dos quais a parte procura obter de um órgão judicial superior, por meio do prolongamento do processo, o reexame e a remoção de uma decisão desfavorável, ainda não transitada em julgado (No original: “...solche Rechtsbehelfe, mit denen eine Partei versuchen kann, eine ihr ungünstige, noch nicht rechtskräftige Entscheidung durch Fortsetzung des Verfahrens vor einem höherem Gericht nachprüfen und beseitigen zu lassen”. Ver: ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GÖTTWALD, Peter. *ZIVILPROZESSRECHT*, 17ª edição. Munique: Verlag C. H. Beck München, 2010, p. 766, § 133, 1). Não se pode aceitar, portanto, a conceituação baseada na “essência dos recursos”, compreendida como uma ideia quase supra legal, totalmente dissociada do direito positivo (Nesse sentido, ver: KUHLMANN, Axel. *Das Verbot der reformatio in peius im Zivilprozessrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2010, pp. 184-185).

integração da decisão judicial, resultando na continuação do procedimento, pois manejado dentro do mesmo processo. Principalmente se observado do ponto de vista da apelação, considerada o “recurso por excelência”, pode ser considerado como o prolongamento do direito de ação, faculdade colocada pelo ordenamento jurídico à disposição da parte, prejudicada pela sucumbência decorrente do conteúdo da decisão judicial³. Assim como ocorre no direito de ação, o recurso representa mera faculdade, que poderá ser exercida ou não, conforme o interesse e vontade da parte⁴.

Da correlação espontânea feita entre ação e recurso decorre a necessidade de transportar para o âmbito recursal, no que diz respeito à admissibilidade, as exigências que corresponderiam às condições

³ NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6ª edição, 2004, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 252.

⁴ Tanto o direito de ação quanto o recurso situam-se no momento do exercício no âmbito do poder de disposição das partes sobre seus direitos, revelando uma faceta processual da autonomia privada (Nesse sentido, ver: ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. *ZIVILPROZESSRECHT*, 17ª edição. Munique: Verlag C. H. Beck München, 2010, p. 395. Acerca do assunto, assim discorre Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “Instaurado, porém, o processo, o seu modo, ritmo e impulso escapam à disponibilidade das partes, elementos que devem ser disciplinados por normas legais cogentes, não sendo despidendo, no entanto, possa o juiz em certas hipóteses levar em conta as exigências concretas do caso” (Ver: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2008, p. 117). Aqui também se apresenta relevante a lição de por Friedrich Lent e Othmar Jauernig: “Se há processo, depende, em princípio, do indivíduo. Que ele – e não porventura o Estado – tenha de decidir isso, explica-se pela configuração da nossa ordem jurídica civil (substantiva). Ela reconhece ao indivíduo determinados direitos e, em regra, basicamente no seu interesse. Por causa deste predomínio do interesse individual, tem de ser deixado ao indivíduo determinados direitos e, em regra, basicamente no seu interesse. Por causa deste predomínio do interesse individual, tem de ser deixado ao indivíduo, conseqüentemente, também a decisão se quer ou não efetivar os seus direitos perante o tribunal. Daqui se revela a **faceta processual da autonomia privada**, do elemento estrutural dominante da nossa ordem jurídica” (JAUERNIG, Othmar; LENT, Friedrich. *Direito Processual Civil* (25ª edição, totalmente refundida, da obra criada por Friedrich Lent). Trad. F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002, p. 131). Essa liberdade das partes corresponde ao poder de disposição sobre seus direitos subjetivos (*autonomia privada*). Logo, o direito processual estaria em contradição com isso caso pretendesse subtrair às partes essa liberdade no processo

da ação: possibilidade jurídica do pedido, interesse processual e legitimidade das partes (art. 267, VI, CPC).

Assim como as condições da ação devem estar preenchidas para que seja possível a análise do mérito de uma demanda, também o recurso, para ser apreciado em seu objeto, deve possuir certos requisitos de admissibilidade⁵. A etapa de verificação do preenchimento de tais requisitos recursais denomina-se *juízo de admissibilidade do recurso*, condição *sine qua non* para que o órgão *ad quem* aprecie o mérito do recurso (*juízo de mérito do recurso*)⁶.

⁵ Assim discorrem Friedrich Lent e Othmar Jauernig acerca da natureza dos requisitos de admissibilidade dos recursos: “*Estes pressupostos da admissibilidade correspondem aos pressupostos gerais do processo. Com a sua falta não pode seguir-se qualquer decisão de fundo da ação, também aqui na falta de admissibilidade não pode haver qualquer decisão sobre o objeto do recurso; antes, este tem de ser rejeitado por inadmissível sem exame do seu objeto (ao contrário da rejeição por falta de fundamento após o exame do seu objeto)*” (JAUERNIG, Othmar; LENT, Friedrich. *Direito Processual Civil* (25ª edição, totalmente refundida, da obra criada por Friedrich Lent). Trad. F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002, p. 363). Na doutrina brasileira a questão atinente à natureza do juízo de admissibilidade dos recursos nunca foi questão pacificada. Aderimos à posição de Nelson Nery Júnior, embasada em abundante doutrina alemão, que situa os requisitos de admissibilidade como pressupostos prejudiciais ao julgamento do mérito dos recursos (Ver: NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6ª edição, 2004, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 252-254). Existem, contudo, entendimentos que situam os requisitos de admissibilidade dos recursos na dimensão de validade dos atos processuais (Ver: DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Processo Civil*, vol. III, 8ª edição 2010, Salvador: JusPODIVM, p. 41-42).

⁶ Diferenciando o juízo de admissibilidade do juízo de mérito: (a) Juízo de Admissibilidade: primeiro faz-se uma verificação, se o recurso preencheu as condições impostas pela lei para que se possa apreciar o mérito. Trata-se de racionalização do sistema. Se não preenche os requisitos desta etapa diz-se que o recurso é inadmissível (não é conhecido); (b) Juízo de Mérito: somente após ultrapassar-se o exame de admissibilidade (recurso admitido), procede-se a apreciação da matéria impugnada, para prover-se ou negar-se provimento (desprover-se) o recurso. A admissibilidade ou não do recurso, como exigência lógica, ocorre antes de se examinar o seu mérito (objeto). Seria irracional pretender que o julgador examinasse o mérito do recurso, desprendendo precioso tempo com isso, para, em momento posterior, dizer que, em razão de ausência de alguns dos pressupostos de admissibilidade (tempestividade, por exemplo), não receberia o recurso. Nesse sentido Nelson Nery Jr: “*O juízo de admissibilidade dos recursos antecede lógica e cronologicamente o exame do mérito. É formado de questões prévias. Essas questões prévias são aquelas que devem ser examinadas necessariamente antes do mérito do recurso, pois que lhe são antecedentes*” (NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6ª edição, 2004, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 252).

Como o recurso pode ser considerando, de certa forma, um prolongamento do direito de ação, sendo previsto em lei e, muitas vezes, na própria Constituição Federal, a criação de requisitos que limitem sua admissão deve decorrer de lei federal ou do próprio texto constitucional (no caso do recurso especial e extraordinário). Os regimentos internos ou a jurisprudência dos tribunais não pode, portanto, criar novos requisitos de admissibilidade para os recursos, sob pena de usurparem a função dos legisladores ou, até mesmo, do constituinte.

Analisando de forma mais aprofundada as implicações dos abusos por parte dos julgadores na criação de novos requisitos de admissibilidade para os recursos, muitas vezes sob o disfarce de interpretações excessivamente formalistas, voltada à simples redução do número de processos, assim discorre Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

E a atividade jurisdicional, como qualquer outra atividade estatal, não pode prescindir de exata regulação de competência, o que equivale, na perspectiva aqui encarnada, à estrutura hierárquica de juízes e tribunais. Esse princípio acarreta, por sua vez, estrita regulação dos recursos, exigindo sua exata fixação por lei, afastando-se a livre determinação das partes ou do órgão judicial a respeito do emprego da inconformidade no caso concreto, assim como seus pressupostos e requisitos. Implica dizer, portanto, que escapam à manipulação pessoal do juiz e dos litigantes e os amplos domínios do ordenamento judiciário dedicados à regulação da competência e dos recursos, os quais devem ser objeto de um direito processual rigoroso, a ser aplicado de maneira formal. Constitui, portanto, manifesta afronta aos princípios a criação jurisprudencial de requisitos recursais não previstos previamente em lei, como aconteceu, e.g., no âmbito do agravo de instrumento destinado a fazer subir recurso extraordinário ou especial, com exigência da prova da tempestividade da interposição dos recursos denegados, antes da edição da Lei n. 10.352, de 27 de dezembro de 2001⁷.

Da impossibilidade de criação pela jurisprudência de novos requisitos, ausentes na lei ou no texto constitucional, para admissibilidade dos recursos não se duvida. Contudo, a interpretação

⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil – Proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: ed. Saraiva, 3ª edição, 2009, p. 68-70.

dos requisitos de admissibilidade previstos em nosso ordenamento jurídico, também não pode perder de vista as inúmeras funções reservadas aos recursos na prestação jurisdicional, conforme os moldes estabelecidos diretamente pela Constituição Federal. Além de servirem ao interesse particular das partes na obtenção de decisão judicial mais favorável, os recursos também exercem a importante função de limitar os poderes do juiz, por meio do controle de suas decisões pelos tribunais. Mais ainda se diga do papel cumprido pelo recurso especial e extraordinário, que vão muito além do interesse dos recorrentes, servindo à segurança jurídica e à unidade do ordenamento, com a uniformização da jurisprudência gerada pela autoridade de seus precedentes⁸.

A criação de requisitos de admissibilidade irrazoáveis ganha especial dimensão ao vislumbramos o papel desempenhado pelo recurso extraordinário, em assegurar eficácia aos direitos fundamentais, realizando o Estado Constitucional por meio do acesso dos comuns ao Supremo Tribunal Federal⁹.

⁸ Acerca do papel desempenhado pelos tribunais superiores, assim discorrem Friedrich Lent e Othmar Jauernig: “O significado da política do direito dos recursos consiste, antes de mais, na garantia reforçada da justeza da decisão. A admissão dos recursos exerce sobre os tribunais inferiores uma pressão salutar para que fundamentem cuidadosamente as decisões. Servem sobretudo a segurança duma jurisprudência unitária, quando os processos terminam no tribunal superior ou poucos atingem os tribunais superiores, enquanto a jurisprudência dos tribunais inferiores tende de permanecer no seu grande número difusa e dispersa. O necessário desenvolvimento da ordem jurídica só é possível pela jurisprudência dos tribunais superiores, cujas decisões são publicadas e dotadas de uma especial autoridade “natural”. Por isso, a utilização dos recursos não serve apenas o interesse da parte concreta, mas antes da jurisprudência no seu todo, especialmente expressa na revista” (JAUERNIG, Othmar; LENT, Friedrich. *Direito Processual Civil* (25ª edição, totalmente refundida, da obra criada por Friedrich Lent). Trad. F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002, p. 361-362).

⁹ Relevante a lição trazida por Luís Afonso Heck, a respeito da importância do papel desempenhado na Alemanha pelo recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) no desenvolvimento de uma das principais funções do Tribunal Constitucional Federal, que consiste justamente em afastar lesões a direitos fundamentais dos indivíduos, em cada caso concreto, atribuindo verdadeiro caráter popular à Corte. *In Verbis*: “Ao Tribunal Constitucional Federal é muito importante não ser guarda da Constituição unicamente no sentido de uma avença entre órgãos constitucionais sobre a divergência de opiniões ou entre (a relação) Federação-estados, mas contribuir decisivamente para que os direitos fundamentais, como parte essencial

Qualquer leitura que se faça dos requisitos de admissibilidade dos recursos não deve perder de vista todas as funções desempenhadas por tais formas de impugnação, nem, tampouco, que as normas de processo civil como um todo devem ser interpretadas de forma a realizar, na máxima medida possível, os valores constitucionais envolvidos. A estruturação do processo civil, que possui como espinha dorsal as prescrições formais para a prática dos atos processuais (formalismo processual), impõe, tanto ao legislador como ao interprete, a construção de um sistema que harmonize os valores constitucionais da efetividade e da segurança jurídica¹⁰.

A tensão entre os valores da efetividade e da segurança jurídica torna-se ainda mais evidente no âmbito recursal. Quanto maior o número de recursos previstos, em tese, maior a segurança jurídica dos litigantes e da sociedade em geral, já que as falhas nas decisões podem ser mais facilmente corrigidas. Na inversa medida se apresenta a efetividade processual, já que o número excessivo de recursos retarda inevitavelmente a entrega da prestação jurisdicional.

A justa medida na solução da tensão existente entre a segurança jurídica e a efetividade do processo constitui tarefa também

da Constituição, sejam protegidos contra cada prejuízo causado por ações do Poder Estatal. Essa opinião revela, assim pode se dizer, o Tribunal Constitucional Federal como popular, não sendo, então, apenas uma instituição para o Estado” (HECK, Luis Afonso. O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antônio Fabris, 1995, p. 140).
¹⁰ Acerca do assunto, assim discorre Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “qualquer reflexão moderna sobre o formalismo processual há de levar em conta suas conexões internas e externas. Nessa perspectiva, mostra-se preciso repensar o problema como um todo, verificar as vertentes políticas, culturais e axiológicas dos fatores condicionantes e determinantes da estrutura e organização do processo, estabelecer enfim os fundamentos do formalismo-valorativo. E isso porque seu poder ordenador, organizador e coordenador não é oco, vazio ou cego, pois não há formalismo por formalismo. Só é lícito pensar no conceito na medida em que se prestar para a organização de um processo justo e servir para alcançar as finalidades últimas do processo em tempo razoável e, principalmente, colaborar para justiça material da decisão. Feita essa incursão, impõe-se tornar a seu mundo interno, onde esses fatores atuam compondo e disciplinando poderes, de acordo ainda com princípios e técnicas predispostos em função e para a efetivação dos valores” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil – Proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: ed. Saraiva, 3ª edição, 2009, p. 67).

imposta ao julgador na interpretação dos dispositivos que preveem requisitos de admissibilidade dos recursos.

A tarefa que nos propomos aqui é analisar os principais requisitos de admissibilidade dos recursos, sob a ótica dos valores constitucionais envolvidos, buscando propor soluções tecnicamente mais adequadas às questões polêmicas surgidas na jurisprudência (especialmente dos nossos tribunais superiores) e na doutrina. Para tanto, de fundamental relevo a doutrina do formalismo-valorativo¹¹.

2 DA CLASSIFICAÇÃO DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS

A doutrina costuma classificar os requisitos de admissibilidade dos recursos em dois grupos, adjetivando-os de intrínsecos e extrínsecos. A sistematização mais consagrada na doutrina brasileira é aquela utilizada por José Carlos Barbosa Moreira, segundo a qual: (a) os *requisitos intrínsecos* decorreriam da própria existência do direito de recorrer, aí se enquadrando o cabimento, a legitimação, o interesse e a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer; (b) os *requisitos extrínsecos* seriam aqueles relativos ao modo de exercício do direito de recorrer, a exemplo do preparo, da tempestividade e da regularidade formal¹².

Esses correspondem aos requisitos de admissibilidade dos recursos em geral, mas que não se esgotam aí, guardando muita diferença em seu conteúdo, conforme a espécie a que se apliquem. Nossa preocupação repousa na necessidade de abordar de forma geral tais requisitos, prestando especial atenção aos temas polêmicos que envolvam a aplicação dos valores constitucionais mencionados, sem, contudo, pretendermos esgotar todas as possibilidades de variações.

¹¹ Ver: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil – Proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: ed. Saraiva, 3ª edição, 2009.

¹² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 14ª edição, 2008, Rio de Janeiro: Forense, p. 277.

2.1 Do Cabimento dos Recursos

Um recurso somente pode ser considerado cabível quando preencher, de forma cumulativa dois requisitos: (a) existência de previsão legal de recurso, cabível, ao menos em tese, contra a decisão que se pretenda atacar, já que existem pronunciamentos judiciais não passíveis de revisão por meio recursal; (b) que o recurso interposto seja aquele considerado pela lei como o específico para impugnar a espécie de decisão recorrida (adequação do meio recursal). O primeiro requisito (necessidade de previsão legal do recurso) relaciona-se com o denominado *princípio da taxatividade recursal*, não apresentando maior dificuldade¹³. Já o requisito *adequação* liga-se ao *princípio da singularidade ou unirrecorribilidade*, segundo o qual, contra uma determinada decisão, salvo raras exceções, há um único e específico recurso cabível. Assim, por exemplo, o Código de Processo Civil delimita os conceitos de sentença e de decisão interlocutória, estabelecendo, em seguida, que o recurso cabível contra a primeira espécie de provimento é a apelação e contra as interlocutórias o agravo (na forma retida, preferencialmente, ou por instrumento). Logo, o recurso de apelação não se mostra adequado a impugnar decisão interlocutória, assim como o recurso de agravo apresenta-se inadequado para atacar a sentença. A sistematização justifica-se na medida em que racionaliza o sistema recursal, otimizando-o, além garantir segurança jurídica às partes, que podem escolher o recurso cabível, classificando a decisão impugnável mediante conceito previamente formulado de forma expressa pela lei processual civil.

A definição explícita das decisões judiciais pela lei processual, bem como a previsão dos recursos específicos (adequados) para atacá-las, impõe ao recorrente o ônus de manejar o recurso correto, sob pena de não conhecimento daquele interposto de forma inade-

¹³ Como princípio da taxatividade recursal entende-se que todo recurso deve estar previsto em lei federal, a não se que esteja contido no próprio texto constitucional. Isso ocorre pois a Constituição Federal reserva à lei federal a competência para dispor sobre processo civil, aí se enquadrando, obviamente, a criação de recursos. Assim, não podem os regimentos internos de tribunais ou o legislador estadual erigir novos recursos.

quada. O atual Código de Processo Civil, ao contrário do diploma de 1939¹⁴, não previu, de forma expressa, a possibilidade de conversão da inconformidade interposta de forma inadequada na espécie recursal correta, fenômeno denominado de *fungibilidade recursal*.

Contudo, como o sistema recursal criado pela legislação obviamente apresenta falhas, ocasionado situações obscuras nas quais não se pode identificar facilmente qual o recurso cabível, a doutrina e a jurisprudência vem admitindo, em situações excepcionais, a aplicação do princípio da fungibilidade recursal, de forma a não comprometer a segurança jurídica das partes. Havendo controvérsia doutrinária ou jurisprudencial acerca de qual o recurso cabível (a chamada “dúvida objetiva”), causada pela imprecisão do próprio legislador, não se pode sacrificar a segurança jurídica dos recorrentes, sujeitando-os à incerteza no momento da escolha do recurso¹⁵. Cite-se como exemplo o recurso cabível contra a decisão que julga o incidente de falsidade, pois o art. 325 do CPC denomina de sentença decisão de caráter tipicamente interlocutório, entrando em conflito com o conceito contido no art. 162 do mesmo código.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem condicionando a aplicação do princípio da fungibilidade recursal à necessidade de que o meio eleito seja interposto dentro do prazo daquele

¹⁴ Assim estava redigido o art. 810 do CPC de 1938: “*Salvo hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou a Turma, a que competir o julgamento*”.

¹⁵ “*As sutilezas da lei devem servir para as digressões elucidativas da doutrina e, até, para a formação da jurisprudência que melhor atenda às finalidades da norma. Nunca, porém, para impedir o exercício de um direito, que, de certa maneira, é emanção do próprio direito de ação, do qual as partes se estão valendo dentro do processo*” (Ver: LIMA, Alcides de Mendonça. *Introdução aos recursos cíveis*, 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, n. 178, p. 269).

tido como correto¹⁶. A exigência, contudo, não nos parece adequada, por criar condição não prevista em lei, comprometendo, ainda mais, a segurança jurídica do recorrente que, já prejudicado pela imprecisão do legislador, pode não ter ciência do dissídio doutrinário ou jurisprudencial a respeito do recurso cabível. Por tal razão, a posição vem recebendo fortes e justificadas críticas por parte da doutrina. Ademais, nenhum ganho significativo em termos de efetividade do processo justifica o sacrifício à segurança jurídica, pela exigência de interposição do recurso no menor prazo. A insegurança causada pela falha do legislador potencializa-se pela verdadeira arapuca processual criada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Assim, nos parece mais adequado aos valores constitucionais em jogo que, nos raros casos de aplicação do princípio da fungibilidade recursal, seja considerado o prazo do recurso eleito pelo recorrente como correto. Essa interpretação agrega muito à segurança jurídica, sem causar qualquer redução significativa da efetividade do processo.

2.2 Da Legitimidade para Recorrer

A legitimidade para recorrer representa para a admissibilidade do recurso o mesmo que a legitimidade processual representa como condição da ação. O art. 499 do CPC confere legitimidade recursal

¹⁶ Nesse sentido, representando os demais julgados da mesma Corte, o AgRg na MC 16397/RJ, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, DJe 24/05/2010, assim ementado: “**DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR. UTILIZAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR COMO SUCEDÂNEO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ERRO GROSSEIRO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. NÃO CABIMENTO. AGRAVO IMPROVIDO. 1. “A fungibilidade recursal subordina-se a três requisitos: a) dúvida objetiva sobre qual o recurso a ser interposto; b) inexistência de erro grosseiro (v.g, interposição de recurso impróprio, quando o correto encontra-se expressamente indicado na lei, sobre o qual não se opõe nenhuma dúvida; c) **que o recurso erroneamente interposto tenha sido interposto no prazo do que se pretende transformá-lo.** Ausente qualquer destes pressupostos, não incide o princípio da fungibilidade” (AgRg na MC 747/PR, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, Primeira Turma, DJ 3/4/00). ... 4. Agravo regimental improvido” (grifo nosso).**

à parte vencida¹⁷, ao terceiro interessado e ao Ministério Público (legitimando tanto nos processos em que figure como parte assim como naqueles em que atue como fiscal da lei).

No caso de recurso interposto pelo terceiro interessado, exige-se que este demonstre o nexo de interdependência entre o seu interesse em recorrer e a relação jurídica objeto do processo no qual pretende interpor o recurso. Assim, costuma-se afirmar que para a legitimação do terceiro na interposição do recurso não basta o interesse meramente econômico no resultado da demanda¹⁸. Deve existir, e ser demonstrado, o interesse jurídico do terceiro diretamente relacionado ao objeto do processo.

2.3 Do Interesse em Recorrer

O direito de recorrer de uma decisão judicial desfavorável, assegurado às partes, como já visto, guarda grande semelhança com o

¹⁷ A expressão “parte vencida”, nesse contexto, não compreende apenas autor e réu, englobando também os terceiros intervenientes, com exceção do assistente simples. Nesse sentido, discorrem Fredie Didier Jr e Leonardo José Carneiro da Cunha: “quando a lei menciona a “parte vencida” como legitimada a recorrer, quer referir-se não só a autor e réu, haja ou não litisconsórcio, mas também ao terceiro interveniente, que, com a intervenção, se tornou parte. ... No conceito “parte vencida” também deve ser incluído aquele sujeito processual que é parte apenas de alguns incidentes, como é o caso do juiz, na exceção de suspeição, e o terceiro desobediente, no caso da aplicação da multa do parágrafo único do art. 14 do CPC” (DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Processo Civil*, vol. III, 8ª edição 2010, Salvador: JusPODIVM, p. 48).

¹⁸ Contudo, não possuem legitimidade para recorrer na qualidade de terceiro interessado, dentre outros: (a) o perito, de decisão que fixa a sua remuneração (Nesse sentido: RSTJ 46/188, STJ-RT 714/248, RT 616/129, 709/123, RJTJESP 134/323, JTA 105/254, 106/347, 107/222, Lex-JTA 149/273, JTJ 144/87; entendendo que o perito deve “buscar a defesa de seus interesses contra atos do juiz por meio de mandado de segurança”: (STJ-3ª Turma, REsp 166.976-SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU 28.8.00)); (b) o leiloeiro, para recorrer de decisão que determina a devolução de parte da comissão (Nesse sentido: STJ-3ª Turma, REsp 513.573-SP, rel. Min. Menezes Direito, j. 20.11.03, DJU 1.3.04.; RJTJERGS 154/323); (c) o depositário judicial (JTJ 159/227), ou o banco que exerça essa função, para recorrer de decisão que determina o pagamento do depósito com correção monetária (RJTJESP 106/311, JTJ 141/273); (d) a pessoa física, para recorrer de decisões preferidas contra pessoa jurídica de que faz parte como sócio (RTJE 120/188).

direito de ação, colocado à disposição daquele que deseje postular a intervenção do órgão judicial para afastar ou prevenir lesão a direito¹⁹. O ordenamento jurídico assegura aos jurisdicionados o direito de ação para que busquem, se assim desejarem, a intervenção estatal reparar ou evitar lesão a direito. Como o direito de ação se destina a garantir a tutela jurisdicional efetiva, o autor deve comprovar a necessidade de ajuizar a demanda, bem como a adequação do meio processual eleito, que deve possuir o potencial para lhe trazer algo útil. Nisto consiste a exigência de interesse processual como condição da ação.

Assim, também com a prolação de decisões destinadas a entregar a prestação jurisdicional pretendida, coloca-se à disposição das partes sucumbentes o poder de provocar novo pronunciamento judicial²⁰. Contudo, assim como ocorre com a exigência de comprovação do interesse processual para o exercício do direito de ação, o recurso somente deve ser admitido quando se mostre necessário e útil ao recorrente²¹.

¹⁹ A semelhança entre o direito de ação e o recurso de apelação inicia já na compreensão de que ambos são atos voluntários, colocados à disposição da parte que pode, por meio do direito de ação, buscar tutela frente à lesão a um direito ou permanecer inerte conformando-se com o prejuízo. Assim também ocorre no caso de sucumbência, onde a parte pode contentar-se com o prejuízo decorrente do provimento judicial desfavorável ou buscar tutela mediante a revisão da decisão por outra instância. Situando a propositura da demanda, assim como o interesse da parte sucumbente em interpor o recurso, na esfera da autonomia privada da vontade, interessante a lição e o paralelo traçados por Friedrich Lent e Othmar Jauernig (Ver: JAUERNIG, Othmar; LENT, Friedrich. *Direito Processual Civil* (25ª edição, totalmente refundida, da obra criada por Friedrich Lent). Trad. F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002, p. 361 e 364).

²⁰ Mencionamos apenas as partes, já que a exigência de sucumbência, para configurar o interesse recursal não se aplica aos demais legitimados (terceiro juridicamente interessado e o Ministério Público, quando recorra nos processos em que atuou como fiscal da lei).

²¹ A parte presume que as supostas falhas apontadas nas razões recursais, ao serem corrigidas pelo juízo *ad quem*, resultem em melhora na sua situação. Aqui conflui o interesse estatal, que se vale do interesse dos recorrente para perseguir outros fins, também de enorme relevância à jurisdição e ao Estado de Direito (p. ex.: proteção ao direito objetivo, segurança jurídica por meio de uniformização da jurisprudência etc.). Nesse sentido se posicionam ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, dos quais transcrevemos a seguinte afirmação: “*Alle Rechtsmittel haben ihren Grund in der Feklbareit menschlicher Erkenntnis*”. Tradução nossa: “Todos os recursos fundam-se na falibilidade da compreensão humana” (Ver: ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. *ZIVILPROZESSRECHT*, 17ª edição. Munique: Verlag C. H. Beck München, 2010, p. 770, § 133, 20).

Salientamos que a sucumbência deve ser compreendida como aquela decorrente da decisão que queixou de proporcionar à parte qualquer benefício prático que poderia advir do processo, ou que lhe causou qualquer desvantagem. Assim, é sucumbente tanto aquele que foi condenado, quanto aquele que deixou de ganhar alguma coisa. Trata-se de preencher o binômio utilidade-necessidade (*utilidade*: o recorrente pode, em tese, esperar do provimento do recurso situação prática mais vantajosa²²; *necessidade*: para obter tal vantagem é imperativo o emprego das vias recursais).

A adjetivação da expressão parte “vencida” pelo art. 499 do Código de Processo Civil (tradicionalmente associada à ideia de sucumbência) deve ser interpretada de forma abrangente. Abarca, assim, todas as hipóteses nas quais a decisão não tenha proporcionado à parte, do ponto de vista prático, tudo aquilo que lhe era lícito esperar²³.

Embora inevitável e útil, a associação da sucumbência com o interesse recursal deve ser adotada com cautela, pois última expressão possui significado mais abrangente. Por exemplo, o terceiro interessado, exatamente pelo fato de não ser parte, manifesta seu interesse em interpor o recurso, sem que se fale em sucumbência. Ao delimitar o conteúdo do requisito *interesse recursal*, José Carlos Barbosa Moreira afirma que “a ênfase incidirá mais sobre o que é possível ao recorrente esperar que se decida, no novo julgamen-

²² Acerca da proibição da *reformatio in peius*, existem duas teses relevantes no direito alemão: KAPSA, Bernhard-Michael. *Das Verbot der reformatio in peius im Zivilprozess*, Berlim: Duncker & Humblot, 1976. KUHLMANN, Axel. *Das Verbot der reformatio in peius im Zivilprozessrecht*; Berlim: Duncker & Humblot, 2010.

²³ Segundo José Carlos Barbosa Moreira, “configura-se este requisito sempre que o recorrente possa esperar, em tese, do julgamento, do recurso, situação mais vantajosa, do ponto de vista prático, do que aquela em que o haja posto a decisão impugnada (utilidade do recurso) e, mais, que lhe seja preciso usar as vias recursais para alcançar esse objetivo (necessidade do recurso). Em relação à parte, alude o art. 499 à circunstância de ter ela ficado “vencida” (sucumbência, conforme se costuma dizer em doutrina); o adjetivo deve ser entendido como abrangente de quaisquer hipóteses em que a decisão não tenha proporcionado à parte, ao ângulo prático, tudo aquilo que lhe era lícito esperar, pressuposta a existência do feito” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 26ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 116).

to, do que sobre o teor daquilo que se decidiu, no julgamento impugnado”²⁴.

As interpretações excessivamente restritivas e formalistas da exigência de interesse recursal podem comprometer o acesso dos jurisdicionados aos tribunais, principalmente aos superiores, infringindo o direito fundamental de acesso a uma jurisdição plena.

2.4 Da Tempestividade dos Recursos

Todos os recursos devem ser interpostos dentro do prazo fixado em lei, obedecendo, quanto à forma de contagem, ao disposto nos arts. 506 e 184 do CPC. Do desrespeito ao prazo assinalado resulta a preclusão do direito de recorrer²⁵. É assente na melhor doutrina que o termo inicial de contagem do prazo recursal repousa na data de intimação da decisão recorrida²⁶.

Não se pode descuidar que os prazos processuais fatais e peremptórios, não obstante impeçam a prática de atos processuais tardios, cumprem a importante função de aceleração da marcha processual, contribuindo para o alcance do valor efetividade.

Acerca do papel dos prazos processuais preclusivos, assim discorre Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

Finalmente, uma palavra sobre os prazos peremptórios, signo inarredável da característica irremediavelmente cronológica do processo, tormento e pesadelo dos advogados. Trata-se de fatalidade, impossível portanto de ser afastada, sob pena de se eternizarem os litígios e que se presta, além do mais, à

²⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 14ª edição, 2008, Rio de Janeiro: Forense, p. 299.

²⁵ Nesse sentido, por todos, ver: NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6ª edição, 2004, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 399.

²⁶ Assim discorre José Carlos Barbosa Moreira: “Como resulta do exame das disposições contidas nos arts. 242 e 506, o termo inicial é a data da intimação da decisão, quer se trate de pronunciamento em primeiro grau de jurisdição – pois com a leitura em audiência, a que alude o art. 506, I, a sentença se reputa intimada (cf. art. 242, §1º)-, quer se trate de acórdão, de que a publicação do dispositivo no órgão oficial (art. 506, II, na redação da Lei n. 11.276, de 7.2.2006) também vale por intimação” (Ver: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 26ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 118).

*ordenação do processo. Impõe-se, porém, sejam fixados em lei, em medida razoável, o mais possível de forma uniforme e em consonância com as dificuldades do ato processual correspondente, permitindo-se apenas em casos excepcionais a intervenção do juiz. Nessa matéria, mais ainda do que em outras ligadas à forma e ao formalismo, tudo deverá ser feito para evitar o inútil sacrifício do direito e da justiça, relevando-se eventualmente a falha da parte em face das sutilezas da lei, que não pode servir para impedir ou dificultar o exercício do direito*²⁷.

Ao interpretar as regras relacionadas à tempestividade, o julgador deve sempre atentar para terrível consequência do não conhecimento do recurso interposto fora do prazo. As regras formais que assinalam determinado prazo para a prática de um ato sob pena de preclusão devem sempre receber interpretações razoáveis e previsíveis, preservando-se, assim, a segurança jurídica dos litigantes. O prazo recursal existe para acelerar a marcha processual, contribuindo com a efetividade, por meio da ameaça da sanção decorrente da intempestividade. A previsibilidade e a segurança jurídica das normas que fixam os prazos recursais e sua forma de contagem colocam-se como fundamentos para obtenção de uma “efetividade processual virtuosa”.

Questão polêmica, relativa à admissibilidade dos recursos, diz respeito à criação da ideia da intempestividade do “recurso prematuro”. Afinal, o recurso interposto antes do início do prazo também é intempestivo? A tese da intempestividade do recurso prematuro surgiu, justamente, no âmbito Supremo Tribunal Federal. Na esteira desse raciocínio, também seria intempestivo o recurso interposto antes do início do prazo, ou seja, considera-se intempestivo o recurso apresentado antes da publicação oficial da decisão impugnada. Assim, a intempestividade dos recursos, além de decorrer de interposições tardias (ocorridas após o transcurso dos prazos), também se verifica na interposição prematura (antes da publicação dos acórdãos ou decisões). Segundo se extrai da *ratio decidendi* dos julgados do Supre-

²⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil – Proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: ed. Saraiva, 3ª edição, 2009, p. 214.

mo Tribunal Federal, orientados por esse posicionamento, somente a publicação da sentença ou do acórdão geraria efeitos processuais específicos, já que, além de formalizar a sua integração ao processo, lhe conferiria existência jurídica, fixando seu conteúdo material²⁸.

A criação da intempestividade do “recurso prematuro” encontrou eco na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho²⁹ (que não constitui objeto do nosso estudo), assim como no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, Corte responsável por “dar a última palavra” na interpretação das normas processuais infraconstitucionais, contaminando inúmeros julgados dos tribunais de justiça e de tribunais regionais federais.

Os julgados do Superior Tribunal de Justiça adotaram, para o não conhecimento dos “recursos prematuros”, os mesmos fundamentos considerados pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, após severas críticas tecidas pela doutrina, seguidas da divergência de julgadores preocupados com os escopos constitucionais do processo civil, no final do ano de 2004, a Corte Especial do STJ, no julgamento do AgRg nos EREsp 492461-MG, modificou seu posicionamento, passando a admitir como tempestivos os recursos interpostos contra acórdãos ou decisões monocráticas antes da publicação da decisão

²⁸ Nesse sentido, por todos, o AgR 449723-SP, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 1/2/2008, assim ementado: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO - EXTEMPORANEIDADE - IMPUGNAÇÃO RECURSAL PREMATURA, DEDUZIDA EM DATA ANTERIOR À DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO - RECURSO IMPROVIDO. A intempestividade dos recursos tanto pode derivar de impugnações prematuras (que se antecipam à publicação dos acórdãos) quanto decorrer de oposições tardias (que se registram após o decurso dos prazos recursais). Em qualquer das duas situações - impugnação prematura ou oposição tardia -, a consequência de ordem processual é uma só: o não-conhecimento do recurso, por efeito de sua extemporânea interposição. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem advertido que a simples notícia do julgamento, além de não dar início à fluência do prazo recursal, também não legitima a prematura interposição de recurso, por absoluta falta de objeto. Precedentes”.

²⁹ A matéria chegou a ser objeto de orientação jurisprudencial pelo Tribunal Superior do Trabalho, na OJ-SDI 1-357, publicada no DJ de 14.03.2008: “RECURSO. INTERPOSIÇÃO ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO IMPUGNADO. EXTEMPORANEIDADE. NÃO CONHECIMENTO”.

na imprensa oficial³⁰. Também o Supremo Tribunal Federal modificou seu posicionamento no ano de 2005, passando a considerar como tempestivo o recurso interposto antes do início do prazo³¹.

Evidencia-se a obviedade da questão, como já salientavam os doutrinadores. Mesmo quando interponha-se o recurso antes da intimação da decisão atacada, presume-se que o recorrente dela tomou conhecimento, ao menos, no momento em que apresentada a inconformidade, considerando-se aí intimado³².

O posicionamento mostra-se ainda mais ultrapassado se levarmos em consideração os avanços tecnológicos obtidos pelo Poder Judiciário, a exemplo do acompanhamento processual pela *internet*, das notícias inseridas em tempo real nos sites de tribunais e da disponibilização das decisões por meio eletrônico (muitas vezes ocorrida antes de sua publicação na imprensa oficial)³³.

³⁰ “RECURSO – TEMPESTIVIDADE – MUDANÇA DE ORIENTAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de considerar intempestivo o recurso interposto antes da publicação da decisão no veículo oficial. Entendimento que é revisto nesta oportunidade, diante da atual sistemática de publicidade das decisões, monocráticas ou colegiadas, divulgadas por meio eletrônico. Alteração jurisprudencial que se amolda à modernização da sistemática da publicação via INTERNET. Agravo regimental provido” (STJ - AgRg nos EREsp 492461-MG – Corte Especial – Rel. Min. Gilson Dipp – Publ. em 23-10-2006).

³¹ Dessa forma decidiu o plenário do STF, no julgamento do AO 1133AgR-AgR/DF, rel. Min. Carlos Brito, julgado em 16.6.2005. O precedente foi publicado no Informativo n. 392.

³² Nesse sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 14ª edição, 2008, Rio de Janeiro: Forense, p. 710-711. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Tempestividade dos Recursos*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2004, n.16, p. 9-23. THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol II, 35ª edição, Rio de Janeiro: Forense. DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Processo Civil*, vol. III, 8ª edição 2010, Salvador: JusPODIVM, p. 56. MACHADO, Hugo de Brito. *Extemporaneidade de Recurso Prematuro*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2003, n. 8, p. 58-66.

³³ Contudo, as informações lançadas equivocadamente no sistema informatizado dos tribunais também pode induzir o advogado em erro, casando sérios prejuízos às partes, a exemplo da perda de prazos recursais. Acerca do assunto, assim discorre Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “*Relevante correlato da segurança jurídica é o princípio da confiança legítima de utilidade nos equívocos nas informações processuais prestadas por rede de computadores operada pelo próprio Poder Judiciário, porque podem induzir em erro o usuário e provocar a perda de prazo. Em tal hipótese, aplicando-se o princípio e o disposto no art. 283, 2ª parte, e respectivos parágrafos,*

Logo, não mais se mostra razoável condicionar a existência jurídica e o conteúdo material do acórdão à sua publicação oficial.

Se a construção utilizada para o não conhecimento dos recursos considerados “prematureos” já se mostrava inadequada aos recursos ordinários, mais ainda se diga da sua aplicação aos recursos especial e extraordinário. Não se pode perder de vista que tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça cumprem a função constitucional de assegurar a unidade do ordenamento jurídico. Nesse âmbito, o interesse público ganha enorme relevo, sobrepondo-se, sob o ponto de vista da finalidade da existência dessas espécies impugnatórias, ao próprio interesse da parte na revisão do julgado³⁴. Construções formalistas, das quais decorra o não conhecimento dos recursos interpostos antes da publicação das decisões, atentam, também, contra o papel traçado pela Constituição Federal para os tribunais superiores³⁵.

Pela ótica do formalismo-valorativo, a concepção de recurso prematuro também se mostra inadequada aos recursos ordinários, pois compromete a segurança jurídica dos litigantes, sem obter qualquer ganho atinente ao valor efetividade, a não ser quando se desvirtue o conceito, na busca de uma justiça meramente baseada

é possível reconhecer justa causa e relevar a falta” (ver: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do Formalismo no Processo Civil – Proposta de um formalismo-valorativo. São Paulo: ed. Saraiva, 3ª edição, 2009, p. 82-83).

³⁴ Isso não significa que dispensem a demonstração do interesse recursal. Para uma adequada compreensão do assunto, imprescindível a leitura da obra de Danilo Knijnik (KNIJNIK, Danilo. *O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 90-98).

³⁵ No que toca ao Superior Tribunal de Justiça, a Ministra Eliana Calmon destacou, em seu voto proferido no julgamento do AgRg nos EREsp 492461-MG, o papel desempenhado pela Corte no julgamento do recurso especial, salientando que aquele tribunal é uma Corte de precedentes, cuja função constitucional precípua consistiria na uniformização do direito federal. Mais ainda se diga da função de verdadeira corte constitucional cumprida pelo Supremo Tribunal Federal, também no controle difuso, que vem sofrendo profundas transformações, decorrentes do fenômeno denominado de objetivação do recurso extraordinário. Ora, a tarefa de assegurar a força normativa da Constituição, sobretudo na realização dos direitos fundamentais, não se coaduna com as limitações impostas por construções apegadas excessivamente à forma, que não se sustentam nem mesmo no âmbito da admissibilidade dos recursos ordinários, justamente por afrontarem a mínima concepção de um modelo de processo civil pautado por valores constitucionais.

em mera estatística, pautada pela necessidade de eliminação de processos e de etapas processuais a qualquer custo³⁶.

Ademais, a existência de uma decisão não decorre da publicação de nota de expediente na imprensa oficial, mas de sua exteriorização formal no processo. Nessa esteira, dentro da esfera de interesse do processo civil, o início da existência de uma decisão decorre, por exemplo, da juntada aos autos da sentença (quando proferida em gabinete), bem como da sua publicação em audiência (art. 242, § 1º, do CPC) ou, ainda, da proclamação do resultado do acórdão, em sessão pública de julgamento no tribunal (art. 556 do CPC). Já a publicação na imprensa oficial consiste, apenas, em meio de intimação do advogado (art. 506, III, do CPC), assegurando a ciência inequívoca da decisão³⁷.

Como a parte pode renunciar ao prazo estabelecido exclusivamente em seu favor (art. 186, CPC), interpondo o recurso antes da publicação da decisão recorrida na imprensa oficial, considera-se

³⁶ Ver: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil – Proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: ed. Saraiva, 3ª edição, 2009.

³⁷ A respeito do assunto, assim se posicionou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento dos EI 70008135964, rel. Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, 5º Grupo de Câmaras Cíveis, julgado em 20.8.2004, em ementa que merece ser transcrita: “*INTERPOSIÇÃO DO RECURSO ANTES DA PUBLICAÇÃO DA DECISÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - TEMPESTIVIDADE. (...) Impõe-se reconhecer a tempestividade de recurso de embargos infringentes interposto antes da publicação da decisão dos embargos de declaração, integrativa do acórdão de apelação, tendo em vista a interpretação e aplicação sistemática do ordenamento jurídico, não se admitindo a existência de várias interpretações antagônicas para situações semelhantes, em detrimento dos princípios constitucionais da segurança jurídica e do devido processo legal (art. 5º, caput e LIV). Tal qual a publicação da sentença em audiência (art. 242, § 1º, do CPC), a proclamação do resultado do acórdão, em sessão pública de julgamento no Tribunal (art. 556 do CPC), é que define a sua existência, e não a publicação na imprensa oficial, que serve, tão-somente, como meio de intimação ao advogado (art. 506, III, do CPC). Assim, pode a parte, perfeitamente, dar-se por intimada (art. 214, § 1º, do CPC, modo analógico) e abrir mão do prazo recursal que com a intimação tem seu termo inicial, apresentando desde logo, e no mesmo ato, o recurso (art. 186 do CPC). De fato, o que não se pode é inverter a ordem processual, com a interposição de recurso contra decisão ainda não proferida, o que, aí sim, ofenderia o devido processo legal em seu aspecto formal. Nesse passo, considerar intempestivo o presente recurso se constituiria em ofensa ao princípio universal do acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF/88) (...)”.*

intimada no momento do protocolo da inconformidade, presumindo-se a renúncia ao restante do prazo.

Situação análoga, que ainda não recebeu resposta adequada por parte da jurisprudência dos nossos tribunais superiores, ocorre quando manejado recurso contra decisão da qual a parte contrária opôs embargos de declaração. Nesta hipótese, o provimento dos embargos de declaração poderia modificar o conteúdo da decisão atacada pela parte adversa, criando descompasso entre as razões recursais, anteriormente produzidas, e a nova decisão. Contudo, na prática, a maioria dos embargos de declaração restam inadmitidos ou desprovidos. Além disso, mesmo quando providos, limitam-se a modificar capítulos específicos da decisão que, muitas vezes, não possuem qualquer relação com o recurso interposto anteriormente. Diversa se apresenta a situação na qual os embargos de declaração restem providos, resultando na alteração de capítulos já atacados por recurso da parte adversa (embargada). Nesse caso, a inconformidade deve ser retificada ou, de melhor técnica, substituída por um novo recurso, sob pena de não conhecimento, em razão da ausência de correspondência entre as razões recursais e o novo conteúdo da decisão atacada (falta de regularidade formal). Porém, caso desprovidos os embargos de declaração, ou, ainda, quando a alteração produzida pelo seu provimento não se relacione com o objeto do recurso interposto pela parte contrária, seria desnecessário e ilógico exigir-se a renovação ou reiteração do ato (ratificação).

Entretanto, a jurisprudência dos nossos tribunais vem condicionando o conhecimento desses recursos, mesmo quando desacolhidos os embargos de declaração, à posterior ratificação pelo recorrente. A matéria foi objeto da recente súmula nº 418 do Superior Tribunal de Justiça, publicada no DJe em 11/03/2010 (*“É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação”*).

A interrupção, em benefício de ambas as partes, do prazo de outros recursos, decorre do simples manejo dos embargos declaratórios, tendo em vista a possibilidade de alteração do pronunciamento impugnado em decorrência do seu acolhimento³⁸. Portanto, a regra

³⁸ Dessa forma, assim se posiciona José Carlos Barbosa Moreira: *“A interrupção ocorre na data da interposição dos embargos e perdura até a data da publicação do acórdão que os julgue. Daí em diante, recomeça a fluir, por inteiro, o prazo*

não pode ser interpretada de forma prejudicar os recorrentes, criando novo requisito de admissibilidade recursal sem previsão em lei, pelo emprego da exegese pautada pelo formalismo irracional e pernicioso, consistente na exigência de ratificação da inconformidade, mesmo quando os embargos sejam desprovidos. Trata-se de exigência injustificável, pois, além de carecer de previsão legal, é despida de qualquer utilidade prática, comprometendo, sem nenhuma justificativa, a segurança jurídica dos litigantes. Ademais, quanto aos recursos especial e extraordinário, seus requisitos de admissibilidade devem ser retirados diretamente da Constituição Federal, sendo vedada a criação pelo legislador de novas exigências. Mais ainda se diga da criação, sem lei, pela jurisprudência, de requisito de admissibilidade totalmente inútil e sem sentido, que veda o acesso aos tribunais superiores, por meio de construção pautada exclusivamente pelo formalismo pernicioso.

Infelizmente, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência atual também consolidou-se no sentido da exigência de ratificação do recurso interposto antes do julgamento dos embargos de declaração³⁹. O acesso dos comuns ao nosso Tribunal Constitucional, por meio do recurso extraordinário, muitas vezes buscando reparar lesões a direitos fundamentais, além de esbarrar em interpretações excessivamente rigorosas e restritivas quanto aos requisitos de admissibilidade previstos na Constituição Federal, ganhou novo requisito formal, totalmente dissociado de qualquer sentido prático ou teórico. O formalismo pernicioso, orientado pelo intuito de eliminar

para interposição do outro recurso. Este, porém, não será inadmissível só pelo fato de haver sido interposto, antecipadamente, “durante” a interrupção: a regra legal visa a beneficiar o recorrente, e não se há de entender que o prejudique a circunstância de não se ter aproveitado do benefício” (ver: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 14ª edição, 2008, Rio de Janeiro: Forense, p. 568).

³⁹ Nesse sentido, representando a jurisprudência pacificada do Supremo Tribunal Federal, transcrevemos a ementa da decisão proferida no julgamento do AI 722090 AgR, rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 14/06/2010, assim redigida: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO EXTEMPORÂNEO. PRECEDENTES. 1. É extemporâneo o recurso extraordinário protocolado antes do julgamento do acórdão proferido em embargos de declaração, sem posterior ratificação. Precedentes. 2. Agravo regimental improvido” (grifei).

a qualquer custo o excessivo número de recursos, lamentavelmente, também triunfa sobre o papel do Supremo Tribunal Federal em assegurar o respeito aos direitos fundamentais.

Reitere-se, como já salientamos anteriormente, que o Supremo Tribunal Federal, também no julgamento dos recursos extraordinários, define, aperfeiçoa e desenvolve, por meio da autoridade de sua jurisprudência, o próprio conteúdo dos direitos fundamentais e princípios previstos no texto da Constituição, desempenhando atividade essencial à concepção de um Estado Constitucional.⁴⁰

2.5 Da Exigência de Regularidade Formal

Assim como ocorre com a petição inicial e as respostas do réu, bem como com os demais atos processuais (em geral), a interposição do recurso também deve observar determinadas exigências formais, que podem variar muito entre as espécies recursais. A inobservância das formalidades prescritas poderá ensejar o não conhecimento do recurso por ausência de regularidade formal, desde que tais exigências possam ser facilmente extraídas da lei. Ou seja, assim como ocorre com os demais requisitos de admissibilidade, as exigências de regularidade formal devem decorrer diretamente do direito positivado,

⁴⁰ Dissertando acerca do recurso constitucional alemão (*Verfassungsbeschwerde*) e do papel do Tribunal Constitucional Federal, assim discorre Luis Afonso Heck: “Uma perquirição referente à Jurisdição Constitucional alemã revela que o recurso constitucional não é apenas um de seus elementos essenciais, mas, simultaneamente, a sua própria medula, que viabiliza os direitos fundamentais. A tarefa do tribunal constitucional federal centra-se na proteção dos direitos fundamentais, os quais tem no mencionado recurso, a sua expressão jurídica. Por meio dele constituiu-se não somente um instrumento processual que possibilita a qualquer pessoa figurar como guarda da Lei Fundamental, formulou-se um instituo jurídico do qual dimana um efeito educador aos titulares do poder estatal, levando-os a agir dentro dos limites normativos. O recurso constitucional apresenta-se, assim, como coroamento da ideia de Estado de Direito” (HECK, Luis Afonso. *O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã*. Revista de Informação Legislativa, n. 31, 1994, p. 115-133).

não podem ser criadas pelos julgadores, sob pena de causar surpresa às partes, comprometendo a segurança jurídica⁴¹.

Como exemplos mais comuns dos requisitos formais de admissibilidade, podemos citar: (a) a necessidade de impugnar especificamente os fundamentos da decisão recorrida (razões recursais), expondo as razões que embasam o pedido de novo julgamento ou de reforma do ato impugnado (Súmula 182 do STJ); (b) a necessidade de instruir o agravo de instrumento com as peças obrigatórias (art. 525, I, CPC); (c) a necessidade de, em recurso especial fundado em divergência jurisprudencial, juntar prova da divergência, fazendo o cotejo analítico entre trechos do acórdão recorrido e do acórdão paradigma (art. 541, parágrafo único, CPC); (d) obrigatoriedade de destacar no recurso extraordinário, em tópico específico e preliminar, a alegação da existência de repercussão geral; (e) a exigência de que seja formulado no recurso pedido de reforma, anulação, esclarecimento ou integração da decisão recorrida; (f) a exigência de apresentar os recursos na forma escrita, com exceção do agravo retido interposto contra decisão proferida na audiência de instrução e julgamento (art. 523, § 3º, CPC), que deverá ser necessariamente oral, além dos embargos de declaração em Juizados Especiais Cíveis, que poderão ser opostos oralmente ou por escrito (art. 49, Lei Federal n. 9099/95); etc.

As exigências de regularidade formal, contidas de forma explícita ou implícita em nosso ordenamento jurídico, constituem solo fértil para interpretações por parte dos operadores do direito. Situando-se entre os requisitos necessários para julgamento do objeto dos

⁴¹ Nesse sentido preleciona Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “*Constitui, portanto, manifesta afronta aos princípios a criação jurisprudencial de requisitos recursais não previstos previamente em lei, como aconteceu, e.g., no âmbito do agravo de instrumento destinado a fazer subir recurso extraordinário ou especial, com exigência da prova da tempestividade da interposição dos recursos denegados, antes da edição da Lei n. 10.352, de 27 de dezembro de 2001. Fique o registro de que o excesso de recursos contido no atual sistema jurídico brasileiro, como ocorre com qualquer outro sistema, representando com ou sem razão, no essencial, grande desconfiança da sociedade para com os seus juízes, constitui aspecto perverso do formalismo excessivo, assaz frequente em épocas de crise*” (Ver: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil – Proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: ed. Saraiva, 3ª edição, 2009, p. 68-70).

recursos, sobram exemplos na jurisprudência de nossos tribunais de interpretações pautadas por um formalismo pernicioso, que coloca de lado a necessidade garantir segurança aos litigantes em nome de uma suposta efetividade baseada meramente em estatísticas. Não são incomuns os exemplos, por parte dos nossos tribunais, de interpretações pautadas exclusivamente pelo desejo de eliminação das demandas a qualquer custo, que acabam por criar requisitos de admissibilidade não previstos em lei, ou de interpretação duvidosa. É exatamente aí que a exegese pautada pelos valores constitucionais, que orientam o processo civil, especialmente sob a ótica do formalismo-valorativo, ganha relevo, contribuindo para a construção de um processo justo⁴².

Cite-se como exemplo a necessidade de instrução do agravo de instrumento com peças que, embora não previstas na lei como obrigatórias (art. 525, I, CPC), sejam consideradas essenciais ao julgamento do recurso, a exemplo da exigência de cópia da petição inicial nos agravos manejados contra decisões que julgam o incidente de impugnação ao valor da causa. As assim denominadas “peças essenciais à compreensão da controvérsia” não constam entre aquelas consideradas obrigatórias para todo e qualquer agravo de instrumento, expressamente elencadas na lei processual (art. 525,

⁴² Ademais, conforme advertem os juristas alemães Fritz Baur e Rudolf Stürner, os fundamentos processuais constituem o parâmetro para solucionar, de forma igual ou diferenciada, o caso individual. Não existe, contudo, um esquema uniforme preestabelecido, no qual se amoldem todos os casos individuais. Então, raramente se aplica um fundamento processual de modo absoluto. Frequentemente, um regramento legal reserva a princípios que se imbricam maior ou menor âmbito. Quando se deixam de fora os questionamentos acerca das linhas mestras de um ordenamento jurídico, cedo ou tarde, deixa-se de entendê-lo, caindo a norma jurídica no formalismo vazio. No original: “... Die Verfahrensgrundsätze sind der Masstab für Gleichbehandlung und Differenzierung bei der Einzelfalllösung. Sie sind kein einförmiges Schema, das dem Einzelfall schablonenhaft übergestülpt wird; denn nur selten ist ein Verfahrensgrundsatz rein verwirklicht, oft lässt eine gesetzliche Regelung gegenläufigen Prinzipien mehr oder weniger Raum. Wo indessen die Frage nach den Leitlinien einer rechtlichen Regelung verstummt, geht früher oder später ihr Verständnis verloren, die Rechtsregel wird zum leeren Formalismus. Auch, eine Reformdiskussion kann sinnvoll nur vor dem Hintergrund historisch gewachsener Grundsätze eines Rechtsgebietes geführt werden” (ver: BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Zwangsvollstreckungsrecht*. Heidelberg: C. F. Müller, 1996 pp. 51-52).

I, CPC), mas apresentam-se, em concreto, como imprescindíveis à compreensão e julgamento do objeto do recurso. Na sua ausência, seria impossível ou temerário julgar a inconformidade. Como a essencialidade dessas peças depende da análise do caso concreto, muitas vezes passam despercebidas pelo representante judicial do agravante. Indubitável a impossibilidade de serem elencas, *a priori*, pelo legislador, em razão de sua grande variação conforme o caso concreto. Contudo, o Código de Processo Civil sequer possui norma genérica estabelecendo que da ausência de tais documentos decorreria o grave e irremediável resultado de não conhecimento do recurso. Diante de tal situação, teríamos duas possibilidades: (i) verificada a ausência da peça essencial à compreensão da controvérsia, assinalar ao recorrente prazo para juntada do documento, sob pena de, não o fazendo, negar-se seguimento ao recurso; (ii) não conhecer, desde logo, do agravo de instrumento desacompanhado de tais peças, sem possibilitar a complementação de sua instrução.

Infelizmente a jurisprudência dos nossos tribunais acabou adotando a primeira solução apontada. O próprio Supremo Tribunal Federal editou, em 1963, a súmula nº 288, no sentido de inadmitir agravo de instrumento manejado em face do não conhecimento de recurso extraordinário, quando desacompanhado das peças obrigatórias (elencadas em lei), ou mesmo ante a ausência daquelas consideradas “*essências à compreensão da controvérsia*”⁴³. Durante muito tempo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça espelhou o entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, permitindo sua aplicação aos agravos manejados contra as decisões interlocutórias, proferidas em primeiro grau de jurisdição. Assim, encontrava-se consolidado na jurisprudência dos tribunais superiores o entendimento segundo o qual a ausência das peças essenciais à compreensão da controvérsia – que só podem ser definidas tomando-se o caso concreto – resulta no não conhecimento do recurso, seja

⁴³ “NEGA-SE PROVIMENTO A AGRAVO PARA SUBIDA DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO, QUANDO FALTAR NO TRASLADO O DESPACHO AGRAVADO, A DECISÃO RECORRIDA, A PETIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO OU QUALQUER PEÇA ESSENCIAL À COMPREENSÃO DA CONTROVÉRSIA”. Data de Aprovação: Sessão Plenária de 13/12/1963.

ele interposto contra decisão interlocutória de primeiro grau ou para acessar as instâncias de jurisdição extraordinária e especial⁴⁴.

A solução construída, contudo, não nos parece a mais correta, levando-se em consideração os valores constitucionais envolvidos no caso em exame. Saliente-se, novamente, a ausência de prescritivo legal estabelecendo o direto, imediato e irremediável⁴⁵ não conhecimento do agravo de instrumento quando, embora instruído com as peças obrigatórias (art. 525, I, CPC), esteja desacompanhado de alguma peça considerada essencial à compreensão da controvérsia, o que, por si só, já comprometeria a segurança jurídica (imprevisibilidade das normas processuais). Como as peças essenciais à compreensão da controvérsia não podem ser definidas de antemão, dependendo das peculiaridades do caso concreto, criam grande dificuldade aos operadores do direito em geral. São inúmeras as situações nas quais a definição de uma determinada peça como essencial ao julgamento do recurso dependeria da compreensão de sutilezas da decisão atacada, resultando em verdadeira “arapucas” processuais. Ademais, imagine-se situações nas quais uma determinada peça seja essencial em face do peculiar posicionamento de um certo julgador, mas se

⁴⁴ A impossibilidade de complementação do agravo de instrumento instruído de forma defeituosa restou enfatizada no Informativo nº 219 do Superior Tribunal de Justiça, noticiando a decisão proferida do julgamento do Recurso Especial nº 333152/MS, julgado em 24/08/2004, Relator Ministro Franciulli Netto, assim transcrita: “O agravo de instrumento deve ser instruído, sob pena de não-conhecimento, com as peças obrigatórias e as necessárias, aquelas sem as quais não é possível a correta apreciação da controvérsia. Em recente julgado, a Corte Especial ratificou entendimento de que não cabe converter-se o julgamento em diligência para facultar a complementação. Precedente citado: EREsp 509.394-RS”.

⁴⁵ A deficiência na instrução do agravo de instrumento não poderia ser remediada pela complementação em sede de agravo interno. Nesse sentido, posiciona-se Athos Gusmão Carneiro (RJ 257/10): “Se do instrumento não constar alguma peça de traslado obrigatório, como a cópia da decisão agravada ou a cópia da procuração outorgada ao advogado da parte recorrida, em princípio o agravo deve ser ‘liminarmente indeferido’ pelo relator. Não é possível, outrossim, em sede de agravo interno interposto contra decisão liminar do relator, completar ou complementar o instrumento deficiente formado (STJ, 6ª T, AgRg no AI 92.676, j. 13.05.96, rel. Min. Adhemar Maciel; 4ª T, AgRg no AI 99.922, DJU de 26.08.96, p. 29.702, rel. Min. Sálvio de Figueiredo; STF, 1ª T, AgRg no AI 133.647, rel. Min. Celso de Mello). É ‘dever do agravante’ zelar pela correta formação do instrumento de agravo”.

apresente desnecessária quando o recurso recebera outro tratamento de órgão judicial diverso. Nessa última hipótese, chegar-se-ia ao absurdo de exigir que advogado incursionasse no movediço solo das infinitas possibilidades de abordagem jurídica da situação concreta, transformando-o em verdadeiro adivinho.

A construção radical adotada por nossos tribunais quanto às denominadas peças essenciais à compreensão da controvérsia gerava enorme comprometimento à segurança jurídica, sem que qualquer ganho significativo no que toca à efetividade do processo. A solução não se harmonizava com o modelo de processo civil contido na Constituição Federal, atendendo exclusivamente ao desejo de uma “efetividade” perniciosa, limitada ao simples desejo de diminuição no número de recursos.

Nesse sentido doutrina Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *in verbis*:

Ora, tanto a boa-fé quanto a lealdade do órgão judicial seriam flagrantemente desrespeitadas sem um esforço efetivo para salvar o instrumento dos vícios formais. Do mesmo modo, dentro dessa visão cooperativa, impõe-se ao juiz mandar suprir qualquer falha na formação do instrumento que acompanha o recurso de agravo, quando se trate de peça não obrigatória, embora necessária para o julgamento. O ideal, por sinal, seria que essa atividade saneadora do juiz se estendesse também às peças obrigatórias, o que contudo depende de reforma legislativa. Também em homenagem ao princípio da boa-fé e lealdade, não pode o juiz elastecer, além do razoável, os pressupostos de admissibilidade do recurso, para facilitar o seu trabalho. irrelevantes. ... A boa-fé e a lealdade impedem, ainda, a criação de situações que impliquem verdadeira armadilha procedimental, fazendo o processo sucumbir a exigências meramente formais, distantes da verdadeira finalidade da lei e estabelecidas por meio de raciocínios elaborados para dar à norma sentido completamente diverso⁴⁶.

Felizmente, neste ano de 2012, o Superior Tribunal de Justiça, por meio de sua Corte Especial, revisou esse entendimento passando a admitir a juntada de peças essenciais à compreensão

⁴⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo*. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 137, 2005, p. 7-31.

da controvérsia em momento posterior à interposição do agravo de instrumento (Informativo 496, Corte Especial, REsp 1.102.467-RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 2/5/2012).

Essa nos parecer a solução mais adequada à realização dos direitos fundamentais processuais, possibilitando ao recorrente complementar a instrução do agravo de instrumento desacompanhado dessas peças, sobretudo em situações peculiares. A opção por intimar o agravante para que apresente a peça considerada essencial ao julgamento do recurso em prazo assinalado (que pode ser exíguo), assegura a segurança jurídica, sem comprometer minimamente a efetividade do processo. Considerando a lacuna da lei e os enormes ganhos na realização de valores constitucionais, não se pode sustentar a impossibilidade de juntada das peças não obrigatórias, porém essenciais, em razão da preclusão consumativa decorrente da interposição do recurso⁴⁷. Aqui, a preclusão deve ceder frente à

⁴⁷ A preclusão consumativa operada pelo ato da interposição do recurso é invocada por muitos como o principal fundamento da impossibilidade de oportunizar-se ao agravante a complementação da instrução do recurso. Nesse sentido, por todos, preleciona Teresa Arruda Alvim Wambier: “O recurso, no regime atual, não pode ser conhecido se desacompanhado de razões ou das peças necessárias para a formação do instrumento, que são cópias da decisão agravada, da certidão de sua intimação (para controle da tempestividade) e das procurações outorgadas pelas partes a seus advogados, desde que, é claro, não se junte outro e novo instrumento de procuração. O sistema atual não faz essa ressalva de modo explícito, mas razões inexistem para que não se a considere mantida no novo regime. Faltantes quaisquer destes requisitos, o recurso não será conhecido. Ausente, todavia, peça que não consta do elenco das necessárias, mas que seja imprescindível à compreensão da controvérsia, ao recurso não será dado provimento. Interposto o recurso, não mais de admitirá a juntada de peças ou razões, mesmo que se esteja, ainda dentro do prazo. Presume-se, com a apresentação do recurso no 2º dia, por exemplo, que a parte tenha aberto mão do resto do prazo, configurando-se preclusão consumativa: o recurso já terá sido interposto, e MAL INTERPOSTO” (Ver: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O Novo Regime do Agravo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 171). No mesmo sentido, o seguinte julgado do STJ: AgRg no AgRg no AgRg no Ag 1227871/MG, rel. Ministro Castro Meira, 2ª Turma, DJe 02/06/2010, assim ementado: “AGRAVO REGIMENTAL. ACÓRDÃO RECORRIDO. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL AUTÔNOMO. SÚMULA 126/STJ. CÓPIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA. PREPARO. PROVA. AUSÊNCIA. MÁ-FORMAÇÃO. INSTRUMENTO. REQUISITOS. ADMISSIBILIDADE. MOMENTO. INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. PRECLUSÃO. ... 4. Não se admite a posterior juntada das peças obrigatórias ou das necessárias, imprescindíveis à análise do agravo de instrumento, em virtude da ocorrência da preclusão consumativa. Precedentes. 5. Agravo regimental não provido”

oportunidade de realização dos valores constitucionais envolvidos, em especial aquele consubstanciado no direito fundamental das partes à segurança jurídica.

Destaque-se, também, o formalismo pernicioso e arcaico subjacente à inadmissão do agravo de instrumento quando desacompanhado de verdadeira “certidão” de intimação da decisão recorrida, desconsiderando-se documentos processuais equivalentes, a exemplo da comprovação de publicação da nota de expediente, ou do carimbo de intimação da decisão agravada⁴⁸. A exigência de “certidão de intimação da decisão” feita pelo art. 525, I, do CPC visa assegurar que o agravo de instrumento seja acompanhado de documento apto a possibilitar a apreciação da tempestividade do recurso. O comprovante de publicação da nota de expediente, intimando o agravante da decisão recorrida, ou o carimbo lançado nos autos no caso de intimação pessoal do advogado, cumprem de forma satisfatória esse requisito, dispensando a elaboração de uma verdadeira “certidão de intimação” (em sentido literal). A exigência formal de “certidão”, além de inútil, oneraria ainda mais o funcionamento dos cartórios judiciais, em nada colaborando com a administração da justiça, além de não acarretar qualquer vantagem para os valores constitucionais da segurança jurídica ou da efetividade do processo.

Felizmente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ao interpretar a exigência de “certidão” de intimação da decisão recorrida (art. 525, I, CPC) de acordo com a sua finalidade, vem aceitando outros documentos idôneos, que se prestem a demonstrar a tempestividade do recurso, a exemplo da decisão monocrática do

⁴⁸ Tais decisões foram mais comuns no passado, resultando em severas críticas por parte dos processualistas (por todos, ver: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil – Proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: ed. Saraiva, 3ª edição, 2009), o que implicou em mudança no padrão da jurisprudência. Transcrevemos como exemplo o seguinte julgado do TJRS, assim ementado: “*AGRAVO DE INSTRUMENTO. Decisão monocrática. Artigo 557, caput, do CPC. Ausência de peça obrigatória (artigo 525, inciso I do CPC). Instrução falha. Certidão da intimação da decisão recorrida em branco. O carimbo de carga, por não demonstrar de forma inconteste a data da ciência do decism atacado, não se presta como certidão de intimação. Negado seguimento ao recurso*” (Agravo de Instrumento N° 70006581904, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mário José Gomes Pereira, Julgado em 18/06/2003).

Min. Luiz Fux, proferida no julgamento do AgRg no Ag 1206237 AgRg no AI n.º 1206237 – RJ, publicado no DJe em 19/02/2010.⁴⁹

2.6 Dos Fatos Extintivos ou Impeditivos do Direito de Recorrer

São *atos extintivos* do direito de recorrer a *renúncia* e a *aceitação* da decisão (*aquiescência*). Na renúncia, o legitimado manifesta a vontade de não interpor um recurso cabível contra a decisão. Obviamente, a renúncia deve ocorrer antes da interposição do recurso, pois, caso contrário, configurar-se-ia a desistência (e não a renúncia). Já a *aquiescência* (ou *aceitação*) pode ser manifestada (de forma expressa ou tácita) tanto antes como depois da interposição do recurso (CPC, art. 503: *A parte, que aceitar expressa ou tacitamente a sentença ou a decisão, não poderá recorrer*). A *aceitação expressa* deverá ser formulada por escrito, salvo quando prolatada a sentença na própria audiência de instrução e julgamento, situação na qual a parte inconformada poderá manifestar-se de forma oral. Considera-se *aceitação tácita* a prática, sem reserva alguma, de um ato incompatível com a vontade de recorrer (art. 503, parágrafo único, CPC), a exemplo do cumprimento espontâneo da decisão desfavorável. Tanto a renúncia quanto a aceitação (*aquiescência*) são atos unilaterais, que não se condicionam ao consentimento da parte contrária (razão pela

⁴⁹ A referida decisão restou assim redigida. *In verbis*: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 544 E 545 DO CPC. AUSÊNCIA DE PEÇA OBRIGATÓRIA. CERTIDÃO DE PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. AFERIÇÃO DA TEMPESTIVIDADE POR OUTROS MEIOS. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 332 E 333, DO CPC E DOS ARTIGOS 2.º, PARÁGRAFO ÚNICO, VIII, 3.º, INC. II E III, 18, INC. I E II, 38, §§ 1.º E 2.º, E 41, TODOS DA LEI N.º 9.784/99. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO. SÚMULA 7/STJ. 1. A jurisprudência desta Corte Superior tem admitido a possibilidade de ser prescindível o traslado da certidão de intimação do acórdão recorrido quando, por outros elementos acostados aos autos, for possível aferir-se a tempestividade do apelo nobre. [Precedentes: EDcl no AgRg no Ag 741635/PR, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), Terceira Turma, julgado em 10/02/2009, DJe 17/03/2009 AgRg no Ag 647.294/MG, Rel. Min. José Delgado, DJ 06.06.2005; REsp 256.158/AM, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 18.06.2001].

qual esta sequer precisa ser ouvida, a exemplo do que ocorre com a desistência do recurso)⁵⁰, produzindo efeitos independentemente da lavratura de termo e de homologação pelo juiz, ao contrário do que ocorre, por exemplo, como a desistência da ação (CPC: Art. 158. *Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais. Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeito depois de homologada por sentença*).

Considera-se *fato impeditivo* do poder de recorrer, nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira “o ato de que diretamente haja resultado a decisão desfavorável àquele que, depois, pretenda impugná-la”⁵¹ Tomemos como exemplo de *fato impeditivo* a sentença que homologa a desistência da ação, pois a parte desistente não poderá interpor o recurso, salvo quando pretenda impugnar a própria validade da desistência. Outros exemplos, mais corriqueiros, são o recurso prejudicado ou com perda de objeto.

2.7 Da Exigência de Preparo

O preparo consiste no prévio pagamento das despesas atinentes aos custos de processamento do recurso. A ausência de preparo, nos casos em que legalmente exigido, importa o não conhecimento da impugnação, qualificada como *deserta*. Em razão das severas consequências oriundas da sanção processual decorrente da *deserção*, aplica-se a penalidade apenas nos casos em que a lei expressamente exija o preparo. Não se pode, portanto, inadmitir um recurso por deserção quando ausente previsão legal expressa estabelecendo a necessidade do preparo (a exemplo do que ocorre com o agravo

⁵⁰ A possibilidade de desistência do recurso, a qualquer momento, mesmo sem a concordância do recorrido, também decorre do poder de disposição das partes, que podem avaliar a oportunidade e a conveniência do pedido de novo julgamento ao juízo *ad quem*. A respeito do assunto, ver: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil, vol. 1. São Paulo: Atlas, 2010, p. 71-72; ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. *ZIVILPROZESSRECHT*, 17 edição. Munique: Verlag C. H. Beck München, 2010, p. 850, § 146, n. 12.

⁵¹ Nesse sentido, ver: BARBOSA MOREIRA José Carlos. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 26ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 117.

previsto no art. 532 do CPC). Portanto, em situações nas quais a lei não exija o preparo, mas também não o dispense de forma expressa - a exemplo do previsto para os embargos de declaração (art. 536, CPC) e o agravo retido (art. 522, parágrafo único, CPC) – os regimentos das custas até podem formular essa exigência, mas não podem, contudo, impor a sanção processual de não conhecimento por deserção⁵².

Todavia, a falta de preparo, quando exigido por lei, não deve ser confundida como o recolhimento de valor insuficiente. Nesta última hipótese, em decorrência da previsão expressa contida no § 2º do art. 511 do CPC, o recorrente será previamente intimado para que complemente o preparo em 5 dias, sob pena de, não o fazendo, considerar-se deserto o recurso⁵³. Trata-se de elogiável inovação legislativa introduzida pela Lei n. 9.756, que realiza o direito fundamental das partes à segurança jurídica no âmbito processual, pois o recolhimento insuficiente do preparo, na maioria das vezes, decorre de erro de cálculo cometido pelos próprios servidores do Poder Judiciário. Assim, não se apresentaria razoável, sob o prisma do formalismo-valorativo, fulminar desde logo o recurso, ocasionando surpresa ao recorrente.

Para o conhecimento do recurso não basta, contudo, recolher o valor referente ao preparo. Segundo o disposto no art. 511 do CPC, o preparo deve ser comprovado no ato da interposição da inconformidade, anexando-se à peça recursal a respectiva guia de recolhimento. Segundo a jurisprudência praticamente pacificada do Superior Tribunal de Justiça, a comprovação posterior do preparo,

⁵² Nesse sentido, José Carlos Barbosa Moreira. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 26ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 119.

⁵³ Adotando interpretação restritiva, Flávio Cheim Jorge defende que o dispositivo seria inaplicável às hipóteses nas quais o valor do preparo seja fixo, por não depender das peculiaridades do caso concreto. Fundamenta sua posição na necessidade de evitar que as partes sempre recolham valores inferiores ao incontroversamente previsto, causando interferência no trâmite processual previsto pelo legislador (Ver: CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 165). Embora a interpretação do autor valorize a efetividade processual, a prática forense não demonstra a necessidade da adoção de medida de tamanha desconfiança em relação às partes, colocando-se em desarmonia com a concepção de um modelo de processo civil baseado no formalismo-valorativo.

mesmo que ocorra dentro do prazo para a interposição do recurso, salvo raras exceções⁵⁴, implica a sua inadmissão. Essa regra, embora prime pela concentração dos atos processuais, guardando estreita correlação com o princípio da unirrecorribilidade recursal, não agrega qualquer ganho em efetividade suficiente a justificar o triunfo da simples forma sobre os valores que orientam o processo civil, compreendido como instrumento essencial à adequada prestação da tutela jurisdicional.

Entretanto, a pena de deserção poderá ser relevada se o recorrente comprovar que deixou de fazer o preparo em razão de justo impedimento (v.g., calamidade pública, greve ou roubo à agência bancária etc.), fixando o juiz prazo para que seja efetuado (arts. 519, caput, e 183, do CPC). A decisão que releva a pena de deserção em razão de justo impedimento será irrecorrível, cabendo ao tribunal verificar sua legitimidade (art. 519, parágrafo único, CPC). Caso já oferecidas contrarrazões, em homenagem ao direito fundamental ao contraditório⁵⁵, impõe-se a intimação da parte recorrida, previamente ao julgamento do recurso, para que, querendo, manifeste-se a respeito do assunto.

3 CONCLUSÃO

Assim, considerando as diversas funções desempenhadas pelos recursos em nosso ordenamento jurídico, muitas decorrentes direta ou indiretamente da própria concepção de Jurisdição e da tutela jurisdicional, estabelecidas na Constituição Federal, os requisitos de admissibilidade devem ser compreendidos como forma de limitação do cesso aos tribunais. A jurisprudência não pode, portanto, criar novos requisitos de admissibilidade.

⁵⁴ A regra, contudo, comporta exceções, a exemplo do que ocorre no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, facultando-se o preparo do recurso manejado contra a sentença em até 48 horas após a sua interposição (art. 42, § 1º, da Lei Federal n. 9.099/95). Semelhante exceção também decorre do disposto no art. 14, II, da Lei Federal n. 9.289/96.

⁵⁵ Ver: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *A garantia do contraditório*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, vol. 15, 1998, p. 7-20.

Também a interpretação dos requisitos de admissibilidade previstos em nosso ordenamento jurídico não pode perder de vista as funções desempenhadas pelos recursos na outorga de uma adequada prestação jurisdicional, conforme os moldes estabelecidos diretamente pelo próprio texto da constituição.

A estruturação do processo civil, que possui como espinha dorsal as prescrições formais para a prática dos atos processuais (formalismo processual), impõe, tanto ao legislador como ao interprete, a construção de um sistema que harmonize os valores contidos nos direitos fundamentais à efetividade processual e à segurança jurídica⁵⁶. A tensão entre os dois valores evidencia-se de forma exponencial em se tratando da formatação do sistema recursal. Em decorrência disso, a exegese dos dispositivos que versem sobre requisitos de admissibilidade dos recursos não deve perder de vista a correta harmonização dos valores no caso concreto.

Na prática, contudo, sob o pretexto de interpretar as regras existentes, a jurisprudência dos nossos tribunais vem criando novos requisitos de admissibilidade, muitas vezes sob o disfarce de “interpretações” excessivamente formalistas, voltadas à mera redução do número de recursos. Essas criações, além de atentarem contra o modelo constitucional de processo civil, resultam em prejuízos de magnitude ainda maiores quando aplicadas aos recursos especial e extraordinário, corrompendo o papel desempenhado pelos Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

⁵⁶ Acerca do papel dos direitos fundamentais na conformação do processo civil, assim discorre Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “... reconhece-se hodiernamente aos direitos fundamentais, sem maiores objeções, a natureza de “máximas processuais”, direta ou indiretamente determinadoras da conformação do processo, contendo ao mesmo tempo imediata força imperativa. Desta sorte, a Constituição passa a influenciar de forma direta a posição jurídico-material dos indivíduos perante os tribunais, garantido posições jurídicas subjetivas, assumindo natureza de direitos de defesa perante os poderes públicos com dimensão objetivo-institucional, funcionando como princípios jurídico-objetivos para a conformação dos tribunais e do processo judicial. Sublinhe-se a riqueza oferecida pelo ordenamento constitucional brasileiro no concernente a máximas processuais, a evidenciar a visão essencialmente comprometida do constituinte de 1988 com a garantia dos direitos processuais do cidadão e sua preocupação em evitar, ou pelo menos minimizar, o autoritarismo dentro do processo (Ver: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil – Proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: ed. Saraiva, 3ª edição, 2009, p. 100-101).

Não se questiona o fato de que o excessivo número de recursos traz prejuízo ao bom funcionamento dos tribunais e, portanto, à efetividade do processo e à prestação jurisdicional. Contudo, o problema deve equacionado pelo legislador, mediante a criação de requisitos de admissibilidade decorrentes da concretização de opções politico-legislativas pautadas por valores, atentando sempre ao modelo de processo civil da Constituição Federal⁵⁷, sobretudo aos direitos fundamentais processuais⁵⁸.

REFERÊNCIAS

BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Zwangsvollstreckungsrecht*. Heidelberg: C. F. Müller, 1996 .

CHEIM, Flávio Jorge. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Processo Civil*, vol. III, 8ª edição 2010, Salvador: JusPODIVM.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Tempestividade dos Recursos*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2004, n.16, p. 9-23.

⁵⁷ O problema é destacado também no âmbito do direito alemão por Friedrich Lent e Othmar Jauernig: “*Contudo, os recursos têm também inconvenientes: atrasam e encarecem o processo. Disso são atingidas não apenas as partes, mas também o público em geral. O Estado deve ter em atenção que o dispêndio da intervenção judicial e as custas uma relação adequada a importância do litígio. Não se exige que ponha à disposição várias instâncias mesmo por bagatelas (vd. BVerfGE 54, 291)*” (Ver: JAUERNIG, Othmar; LENT, Friedrich. *Direito Processual Civil* (25ª edição, totalmente refundida, da obra criada por Friedrich Lent). Trad. F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002, p. 362).

⁵⁸ Acerca do papel da lei na realização dos direitos fundamentais constitucionalizados, assim discorre Nicolò Trocker: “*Indubbiamente, com l’affermazione che i diritti fondamentali sono diritto immediatamente vigente, il costituente non ha inteso escludere “sic et simpliciter” la funzione intermediaria del legislatore. La legge resta certamente lo strumento migliore per la concretizzazione di determinate situazioni di vantaggio riconosciute sul piano costituzionale*” (Ver: TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: ed. Giuffrè, 1974, p. 140-141).

HECK, Luis Afonso. *O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã*. Revista de Informação Legislativa, n. 31, 1994, p. 115-133.

HECK, Luis Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antônio Fabris, 1995.

JAUERNIG, Othmar; LENT, Friedrich. *In Direito Processual Civil* (25ª edição, totalmente refundida, da obra criada por Friedrich Lent). Trad. F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002.

KAPSA, Bernhard-Michael. *Das Verbot der reformatio in peius im Zivilprozess*, Berlim: Duncker & Humblot, 1976.

KUHLMANN, Axel. *Das Verbot der reformatio in peius im Zivilprozessrecht*; Berlim: Duncker & Humblot, 2010.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Introdução aos recursos cíveis*, 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, n. 178, p. 269.

MACHADO, Hugo de Brito. *Extemporaneidade de Recurso Prematuro*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2003, n. 8, p. 58-66.

MITIDIERO, Daniel; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Curso de Processo Civil*, vol. 1. São Paulo: Atlas, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 14ª edição, 2008, Rio de Janeiro: Forense.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 26ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6ª edição, 2004, São Paulo: Revista dos Tribunais.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A garantia do contraditório*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, vol. 15, 1998, p. 7-20.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil – Proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: ed. Saraiva, 3ª edição, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo*. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 137, 2005, p. 7-31.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*, vol. 1. São Paulo: Atlas, 2010.

ROSENBERG, Leo; SCHWAB, karl Heinz; GOTTWALD, Peter. *ZIVILPROZESSRECHT*, 17 edição. Munique: Verlag C. H. Beck München, 2010.

THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol II, 35ª edição, Rio de Janeiro: Forense.

TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: ed. Giuffrè, 1974, p. 140-141).

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O Novo Regime do Agravo*. São Paulo: Revista dos Tribunais.



A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO NAS EXPERIÊNCIAS EUROPÉIA E BRASILEIRA

Isabel da Cunha Bisch*

1 INTRODUÇÃO

A emenda constitucional nº 45, de dezembro de 2004, ao inserir na Constituição da República Federativa do Brasil a denominada “reforma do judiciário”, acrescentou ao seu artigo 5º o inciso LXXVIII, o qual estabeleceu que *“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”*. Tal dispositivo, em que pese ser carente de uma regulamentação mais detalhada e até mesmo mais impositiva, representou a preocupação de nosso constituinte com uma das mazelas do Poder Judiciário, qual seja, a inquestionável demora na prestação da tutela jurisdicional.

Entretanto, o termo “razoável duração do processo”, de que trata a emenda constitucional, não é de fácil definição, já que abstrato e vago. Para que tenhamos uma apreensão mais aprofundada do tema, examinaremos, com cuidado, de que maneira a Corte Européia de Direitos Humanos buscou dar contornos mais objetivos à questão. Assim, segundo a jurisprudência consolidada do Tribunal Europeu, somente na análise de casos concretos é que se poderá ter elementos suficientes a fim de determinar o prazo oportuno para o julgamento de um feito. Nesse panorama, antes de se apreciar o tema no âmbito do direito pátrio, cumpre sejam verificados os critérios fixados pela Corte Européia para determinar o que é ou não razoável a título de duração do processo. Faz-se imprescindível, então, reportar-se à experiência do continente europeu, a qual não é recente, pois desde 1950 o tema já é amplamente discutido no seio do Tribunal de Es-

*Advogada e Mestranda em Direito do Estado na UFRGS

trasburgo, pioneiro na proteção da celeridade dos processos judiciais. Para tanto, procederemos ao exame de importantes julgados, bem como à análise de recomendações e relatório anual do Conselho da Europa acerca da efetividade do Poder Judiciário.

Nessa feita, a fim de se obter observações conclusivas, o presente artigo será dividido em duas partes. Primeiramente, será abordado o enfoque que o continente europeu vem dando ao tema, exatamente por estarem os países europeus, por meio da atuação da Corte Européia, na vanguarda da proteção e promoção da celeridade dos processos judiciais. Em um segundo momento, serão apreciadas as reformas recentes efetuadas no processo civil brasileiro relativas à celeridade do judiciário, bem como da criação do Conselho Nacional de Justiça, instituição que está inteiramente relacionada ao tema estudado.

2 A CONVENÇÃO EUROPÉIA DOS DIREITOS HUMANOS E A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Celebrada em Roma em 4 de novembro de 1950, a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais foi elaborada no seio do Conselho da Europa e entrou em vigor em 1953. Conforme consta da exposição de motivos, prévia à enumeração dos dispositivos da Convenção, buscava-se, à época, tomar as medidas aptas para assegurar a garantia de alguns dos direitos já previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

Além de ter dado proteção legal a direitos-liberdade (direitos de primeira geração), a Convenção Européia instituiu órgãos incumbidos de fiscalizar e garantir o respeito aos direitos nela declarados, julgando eventuais violações pelos Estados signatários. Nesse aspecto, em 1959, foi estabelecido o órgão de maior destaque na proteção dos direitos fundamentais: a Corte Européia de Direitos Humanos (CEDH), situada em Estrasburgo, na França. Reconheceu-se, ainda, na mesma convenção, o indivíduo como sujeito de direito interna-

¹EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Historical background. Disponível em < <http://www.echr.coe.int/ECHR/>> Acesso em: 07 dez. 2006.

cional no que tange à proteção dos direitos humanos. Para tanto, criou-se um órgão de intermediação entre o particular e o tribunal (Comissão de Direitos Humanos), encarregado de fazer a triagem das denúncias formuladas, de investigar os fatos e manifestar sua opinião sobre a ocorrência ou não de violação a direitos.

O Protocolo n.11 à Convenção, em vigor desde 1998, inseriu cláusula de obrigatoriedade de submissão de todos os Estados-Membros às decisões da Corte Européia², o que acabou por extinguir a Comissão, já que grande parte de suas atribuições foi conferida exclusivamente ao Tribunal.

Ao lado de previsões tais como direito à vida, proibição de tortura, direito à liberdade de pensamento, consciência, religião, reunião e associação, entre outros direitos, a convenção estabelece, em seu art. 6º, aquela garantia jurídica que é o cerne da nossa pesquisa: o direito à razoável duração do processo³. Os artigos 13, 35 e 41 da convenção complementam o artigo 6º e dispõem, respectivamente, o seguinte:

Artigo 6º . Direito a um processo equitativo

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a

² Conforme se lê do artigo 46 da convenção, que estabelece a força vinculativa das sentenças: “Art. 46 1. As Altas Partes Contratantes obrigam - se a respeitar as sentenças definitivas do Tribunal nos litígios em que forem partes.”

³ Aponte-se que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, firmada em San Jose da Costa Rica, em 1969, preceitua em seu art. 8º, §1º disposição semelhante, *in verbis*: “Toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, instituído por lei anterior, na defesa de qualquer acusação penal contra ele formulada, ou para a determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza [...]”.

proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

Artigo 13º. Direito a um recurso efetivo

Qualquer pessoa cujos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção tiverem sido violados tem direito a recurso perante uma instância nacional, mesmo quando a violação tiver sido cometida por pessoas que atuem no exercício das suas funções oficiais.

Artigo 35. Condições de admissibilidade

1. O Tribunal só pode ser solicitado a conhecer de um assunto depois de esgotadas todas as vias de recurso internas, em conformidade com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos e num prazo de seis meses a contar da data da decisão interna definitiva.

Artigo 41. Reparação razoável

Se o Tribunal declarar que houve violação da Convenção ou dos seus protocolos e se o direito interno da Alta Parte Contratante não permitir senão imperfeitamente obviar às conseqüências de tal violação, o Tribunal atribuirá à parte lesada uma reparação razoável, se necessário.

Mauro Cappelletti⁴, analisando o art. 6º da Convenção, já concluía que

em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão exeqüível. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito. A Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece explicitamente, no artigo 6º, parágrafo 1º que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de ‘um prazo razoável’ é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível.

⁴ CAPPELLETTI, M e GARTH, B. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Antônio Fabris Editor, 1998, p. 20-21.

Com efeito, a duração do processo tem se mostrado, nos julgados do Tribunal europeu, ponto de grande preocupação entre os juristas, devido à importância atribuída ao art. 6º da Convenção. Em verdade, a morosidade processual passou a ser vista como grande inimiga dos direitos fundamentais. Afinal, se o processo é o meio legítimo para se preservar tais direitos, eles restarão ameaçados com uma demora injustificável do processo, na medida em que a efetividade da justiça está diretamente relacionada com a tempestividade da prestação jurisdicional.

Não podemos esquecer, aliás, que o grande escopo do direito é a manutenção da paz social, por meio de uma atuação estatal imparcial, que veta a vingança privada, ou a auto-tutela de direitos. Essa atuação estatal, porém, deixa de fazer sentido se a solução à lide apresentada é oferecida a destempo. Muitas situações de atraso no julgamento de processos representam, em verdade, flagrante denegação de justiça. Como bem refere Cruz e Tucci, “o processo é o instrumento destinado à atuação da vontade da lei, devendo, na medida do possível, desenvolver-se sob a vertente extrínseca, mediante um procedimento célere, a fim de que a tutela jurisdicional emergja realmente oportuna e efetiva⁵”. Esse compromisso de prestar a tutela jurisdicional representa exatamente o amparo, a defesa e a vigilância que o Estado, por seus órgãos jurisdicionais, prestam aos direitos dos indivíduos⁶. Teori Albino Zavascki, com a clareza que lhe é peculiar, define a importância da efetividade no exercício da jurisdição:

⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 27.

⁶ Cf. Teori Albino Zavascki, “esse compromisso de apreciar as lesões ou ameaças a direito- o compromisso de prestar *tutela jurisdicional* - constitui um *dever* estatal, que deve ser cumprido de modo eficaz, sob pena de se consagrar a falência dos padrões de convívio social e do próprio Estado de Direito. Mas é um dever que supõe poder. A atividade de prestar tutela jurisdicional, e assim eliminar os conflitos [...] constitui também um *poder* do Estado, que o exerce monopolisticamente, sujeitando a vontade de todos às suas decisões, inclusive, se necessário, com utilização de meios de coação física”. (ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 5).

Ora, se o Estado assumiu o monopólio da jurisdição, proibindo a tutela de mão própria, é seu dever fazer com que os indivíduos a ela submetidos compulsoriamente não venham a sofrer danos em decorrência da demora da atividade jurisdicional. Sendo assim, é direito de quem litiga em juízo obter do Estado a entrega da tutela em tempo e em condições adequadas a preservar, de modo efetivo, o bem da vida que lhe for devido, ou, se for o caso, obter dele medida de garantia de que tal tutela será efetivamente prestada no futuro. Sem essa qualificação, a da efetividade, a tutela jurisdicional estará comprometida e poderá ser inútil.⁷

Refira-se, por relevante, que a previsão da razoável duração do processo não foi atributo apenas da Convenção europeia, mas, certamente influenciada por essa, foi disposta em diversas Constituições. As Constituições portuguesa e espanhola, *ad exemplum*, estabeleceram, respectivamente em seus artigos 24 e 20⁸ o direito à consecução de uma decisão judicial em prazo razoável ou sem dilações indevidas. A Constituição italiana, após repreensões do Tribunal de Estrasburgo, que acabou absorvido com o imenso volume de processos contra o estado italiano em decorrência da demora na prestação jurisprudencial, sofreu positiva modificação,

⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 27- 28.

⁸ **Artigo 24 da Constituição Espanhola:** “1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. [...]”

Art. 20, nº 4 e 5 da Constituição Portuguesa: “[...] 4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.

5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos”

ao ter acrescentado ao seu art. 111⁹, que já falava em direito a um justo processo, o direito a uma “ragionevole durata”¹⁰.

Embora o enfoque do presente estudo seja a duração dos processos na experiência europeia, cabe mencionar, a título demonstrativo da preocupação mundial com o tema, que no direito norte-americano, desde 1791 está estampada na 6^a emenda à Constituição Americana¹¹ a conhecida “speedy trial clause”, que, em princípio, é dirigida a feitos de ordem criminal. Esse dispositivo constitucional teria 3 objetivos¹²: evitar prisões preventivas desnecessárias, diminuir a ansiedade que é intrínseca às acusações públicas e limitar os modos pelos quais o atraso no julgamento possa vir a prejudicar a preparação da defesa.

Em 1974, o Congresso americano aprovou o Federal Speed Trial act¹³, o qual regula apenas lides federais. Esse ato normatiza

⁹ Art. 111 da Constituição italiana:

La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata. [...]

¹⁰ Segundo Paulo Hoffman, “a reforma do art. 111 da Constituição da República italiana teve feição de política legislativa, dirigida mais ao legislador do que à criação de direito novo ao cidadão, bem como permitir aos juizes interpretarem a lei de forma a considerar inconstitucionais quaisquer atividades inócuas e que representassem atraso na atividade jurisdicional, além de dar aspecto constitucional ao direito de “duração razoável do processo” .(HOFFMAN, Paulo. O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana, in *Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004* - coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier... [et al.]. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 571-590).

¹¹ **“Amendment VI - Right to Speedy Trial, Confrontation of Witnesses:** In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.”

¹² Cf. HALL L. Kermit. (Ed.). *The oxford companion to American law*. New York: Oxford University Press, 2002, p.292.

¹³ Esse ato normativo resultou da importância que se conferiu a alguns precedentes, dentre os quais se destaca o case *Barker v. Wingo*, de 1972. A Suprema Corte norte-americana foi chamada a decidir em quanto tempo a demora em um julgamento acarretaria inconstitucionalidade. O processo tratava da demora para julgar uma acusação interposta há 05 anos, **em que se atribuía ao indivíduo** Barker o

que os julgamentos devem ocorrer em até 100 dias após a decretação da prisão preventiva, ressalvadas poucas exceções. Após 10 anos da edição do ato normativo, dois terços dos estados americanos já tinham aprovado legislação com semelhante teor. Em 1990 o Congresso Americano também aprovou o “Civil Justice Reform Act”, que buscou estabelecer parâmetros de celeridade nos feitos, recomendando que nos distritos federais se elaborassem planos e modelos de uma justiça mais célere, em que processos civis fossem julgados em até 18 meses após o ajuizamento.

Cabe, por ora, examinar mais detalhadamente o enfoque que a Corte Européia de Direitos Humanos conferiu ao tema.

2.1 Julgamentos da Corte Européia e os Requisitos Estabelecidos pela Jurisprudência para a Determinação da Razoável Duração do Processo

Para compreendermos os parâmetros utilizados pela Corte de Estrasburgo para definir a expressão contida no art. 6º da Convenção Européia, é indispensável recorrermos a algumas decisões proferidas. Não restam dúvidas, é verdade, de que o adjetivo “razoável” prestigia certa margem de discricionariedade por parte dos julgadores, à medida que o termo, elástico por natureza, admite interpretações

crime de homicídio, em co-autoria com um sujeito chamado Manning. Para provar a culpa de Barker, o promotor precisava que Manning depusesse, mas o mesmo se recusou a fazê-lo, com base na 5ª Emenda da Constituição Americana. Assim, o promotor decidiu levar primeiramente a julgamento Manning. Entretanto, o julgamento de Manning levou mais do que se esperava – 5 anos – até que Barker fosse condenado. Os advogados de Barker apelaram à Suprema Corte, alegando violação à 6ª Emenda, mas a Corte, por unanimidade, rejeitou as alegações. Os juízes se recusaram a interpretar a 6ª Emenda como se a mesma dispusesse qualquer limite de tempo para julgamento. Ao invés, o Juiz Powell conduziu a opinião majoritária, estabelecendo um “teste de equilíbrio” que se aplicaria ao caso sob julgamento. Esse teste é conhecido por uma série de nomes, como “*Justice Powell’s balancing test*”, “*Barker test*”, ou mesmo “*ad hoc balancing test*”. Esse teste estabelece 4 critérios para determinar uma demora injustificada no julgamento de um feito criminal: **a) A duração do atraso (quanto maior, mais irrazoável); b) As razões para o atraso (o promotor deve possuir justificadas razões); c) O momento em que o réu alega a violação de direito e d) até que ponto o atraso prejudicou o réu** (no caso, por exemplo, de alguma testemunha de defesa morrer no transcorrer do processo).

diversas. De fato, a expressão é definitivamente vaga, não sendo possível determinar abstratamente o seu exato sentido. Por tal razão, a Corte Européia vem prudentemente reconhecendo que a razoabilidade no tempo de julgamento somente pode ser avaliada à luz dos casos concretos.

Também, em diversas ocasiões, o Tribunal de Estrasburgo firmou entendimento no sentido de que os países que se submetem a sua jurisdição devem organizar seus sistemas legais de modo que as cortes possam garantir a todos indivíduos o direito a uma decisão final em um tempo razoável. Portanto, a Corte não admite escusas dos Estados que buscam fugir das indenizações alegando falta de estrutura judiciária¹⁴

Noutro norte, Paulo Hoffman¹⁵ observa, ainda, que para a Corte Européia a duração do processo “[...] deve ser compreendida em seu todo, ou seja, não só a parte do processo de conhecimento, mas também a da satisfação do direito reclamado em juízo [...]. Assim, se até o trânsito em julgado da sentença o processo tiver sido super eficiente, mas o cumprimento desta for indesejável, também será devida a indenização”.

Cumpra dizer, igualmente, que tanto o autor quanto o réu podem pleitear indenização, independente de quem saia vencedor na causa, bastando a simples indefinição advinda da duração excessiva da lide judicial. Afinal, é evidente que a demora excessiva de processos judiciais acarreta às partes, sejam autoras ou rés, tanto danos econômicos quanto psicológicos (*non-pecuniary damages*), em razão

¹⁴ Nesse sentido, cabe transcrever os seguintes trechos de decisões proferidas pela Corte Européia: “The Court reiterates that it is for the Contracting States to organise their legal systems in such a way that their courts can guarantee to everyone the right to a final decision within a reasonable time in the determination of his civil rights and obligations”. (**FRYDLENDER v. FRANCE**. Application no. 30979/96, STRASBOURG, 27/06/2000). “The Court emphasises once again that Article 6 § 1 of the Convention obliges the Contracting States to organise their legal systems so as to enable the courts to comply with its various requirements. It wishes to reaffirm the importance of administering justice without delays which might jeopardise its effectiveness and credibility” (**COCCHIARELLA v. ITALY**. Application no. 64886/0, STRASBOURG, 29/03/2006.).

¹⁵ HOFFMAN, Paulo. *Razoável Duração do Processo*. São Paulo: Quarter Latin, 2006, p. 62.

da indeterminação na solução de direitos atingidos. Nessa seara, assim se pronunciou o Tribunal Europeu na decisão *STRĂIN AND OTHERS v. ROMANIA*¹⁶: “among the matters which the Court takes into account when assessing compensation are pecuniary damage, that is the loss actually suffered as a direct result of the alleged violation, and non-pecuniary damage, that is reparation for the anxiety, inconvenience and uncertainty caused by the violation, and other non-pecuniary loss”.

Interessante observar que ao julgar casos de infração por duração exagerada do processo, a Corte não estabelece em seus julgados um tempo mínimo ou máximo para o término dos feitos. O que o Tribunal Europeu consolidou em sua vasta jurisprudência sobre o tema foi, isso sim, o estabelecimento de critérios que devem ser analisados em todos os casos em que um Estado seja acusado de retardar demasiadamente lides judiciárias¹⁷. Seriam esses os seguintes requisitos a serem analisados:

- a) Complexidade do caso
- b) Comportamento das partes
- c) Comportamentos das autoridades judiciárias relevantes ao processo.¹⁸

Conforme sustenta Cruz e Tucci¹⁹, “o reconhecimento desses critérios traz como imediata consequência a visualização de dilações indevidas como um conceito indeterminado e aberto, que impede de considerá-las como o simples desprezo aos prazos processuais

¹⁶ *STRĂIN AND OTHERS v. ROMANIA*, Application no. 57001/00, STRASBOURG, 21/07/2005.

¹⁷ Assim, como se pode ler em inúmeras decisões da Corte Européia, “the reasonableness of the length of proceedings is to be assessed in each case according to the particular circumstances and having regard to the criteria laid down in the Court’s case-law.” (**GUINCHO V. PORTUGAL**. Application no. 8990/80, STRASBOURG, 10/08/1984).

¹⁸ Ou, na linha do que é citado nos acórdãos: a) Complexity of the case, b) Conduct of the applicant e c) Conduct of relevant authorities.

¹⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**: homenagem aos 10 anos da constituição federal de 1988. São Paulo: Rev. dos tribunais, 1999, p. 239.

pré-fixados”. Com efeito, analisando decisões que tratam de postulações contra a duração excessiva de feitos judiciais (*breach of the reasonable length of proceedings requirements*), notamos que em todas elas é seguido pelos julgadores um método objetivo e cuidadoso para averiguar a ocorrência ou não de irrazoabilidade na duração do processo. Examinam-se, sempre, os critérios acima elencados, de modo a se fazer o balanço entre o que é ou não admissível a título de demora nos julgamentos. Cabe, por ora, analisar três acórdãos em que tal método foi empregado.

Ao julgar o processo RUIZ-MATEOS v. SPAIN²⁰, a Corte Europeia de Direitos Humanos condenou a Espanha a indenizar a parte autora pela demora da prestação jurisdicional. Tratava-se de pedido de restituição de propriedade e indenização contra o estado espanhol, que em 1983 expropriara a integralidade das ações da empresa RUMASA S.A, as quais pertenciam a seis irmãos (família Mateos). A ação de restituição foi interposta em 1983 e em 1984 foi submetida à Corte Constitucional questão de inconstitucionalidade contra o decreto expropriatório. A Corte constitucional apenas em dezembro de 1986 emitiu decisão, confirmando a constitucionalidade da expropriação. Após a prolação da sentença e dos acórdãos proferidos em grau de recurso, a parte autora teve sua ação julgada improcedente pelo estado espanhol, em decisão transitada em julgado em 1991. A Corte Europeia, examinando o caso, não isentou a Espanha de culpa pela demora no julgamento²¹, como essa pleiteava. O estado

²⁰ **RUIZ-MATEOS v. SPAIN**, Application no. 12952/87, STRASBOURG, 23/06/1993.

²¹ “The delay in question results essentially from the time taken to examine the two questions of constitutionality. After the Attorney General’s department and the Counsel for the State had filed their observations, the case remained dormant for more than twenty-five months as regards the first question and for nearly fourteen months as regards the second (6 November 1984 - 19 December 1986 and 18 November 1989 - 15 January 1991, see paragraphs 16, 19, 22 and 23 above). Yet, pursuant to Article 37 para. 2 of Institutional Law no. 2/1979, the Constitutional Court ought to have given its decision within fifteen days of receiving the memorials, with the possibility of extending that period to thirty days (see paragraph 27 above). The shortness of these time-limits shows the importance attached by the Spanish legislature to the speedy hearing of a preliminary question of this nature. [...] The Court is not called upon to give an abstract ruling on the applicability of Article 6 para. 1 (art. 6-1) to constitutional courts in general or to the constitutional courts of Germany and Portugal or even of Spain. It must, however, determine whether any rights guaranteed to the applicants under that provision were affected in the present case”.

espanhol alegou que o rito processual na Corte Constitucional é mais demorado, sofisticado e complexo do que nas demais cortes do país, o que justificaria o atraso²². O Tribunal de Estrasburgo, assim como em outros precedentes²³, rejeitou o argumento, afirmando que o fato de as cortes constitucionais terem funções mais complexas e estarem sobrecarregadas com o julgamento de recursos não seria justificativa para os Estados deixarem de primar pela celeridade processual. Desse modo, mesmo diante da complexidade do caso, aferida pela Corte, julgou-se que as autoridades espanholas – no caso, os Juízes do Tribunal Constitucional Espanhol – feriram o art. 6º da Convenção Européia para proteção dos direitos humanos.

Já no processo KRASUSKI v. POLAND²⁴, por exemplo, reclamou-se à Corte Européia a reparação de danos pela excessiva demora no julgamento de feito que, levado em fevereiro de 1996 ao judiciário polonês, pelo autor KRASUKI, envolvia pedido de indenização decorrente de inadimplemento contratual por parte de uma empresa de transporte. O processo, após ser instruído com perícias

²² Veja-se que nos países europeus que possuem Tribunal Constitucional somente tais cortes têm o poder de invalidar as leis, caso essas violem a Constituição. Vigora, assim, o controle de constitucionalidade concentrado, o qual pode ser efetivado através de “ações diretas” propostas por instituições diretamente à Corte Constitucional, atacando as leis em abstrato, bem como através de questões constitucionais, em que um juiz ou corte ordinária, resolvendo um caso concreto e estando em dúvida sobre sua constitucionalidade, remete a questão, em abstrato, à Corte Constitucional. Tal incidente constitucional existe, por exemplo, na Áustria, Bélgica, Itália, Espanha, Alemanha e Luxemburgo. Sobre o tema, conferir COMELLA, Victor Ferreres. *The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court. Some Thoughts on Judicial Activism. In: Avenues in Comparative Constitutional Law*, 2004, Austin, Estados Unidos. **Paper** apresentado em 27 de fevereiro de 2004 na UT Austin School of Law.

²³ Ver, a propósito, **KLEIN v. GERMANY**. Application no. 33379/96, STRASBOURG, 27/07/ 2000, decisão em que esse posicionamento ficou claro: “The Court notes that the proceedings started on 6 December 1985 and ended on 22 August 1995. The main delay in the procedure occurred before the Federal Constitutional Court in the first round of constitutional proceedings, which lasted for more than eight years (22 June 1986 to 11 October 1994) [...] a chronic overload, like the one the Federal Constitutional Court has laboured under since the end of the 1970s, cannot justify an excessive length of proceedings”.

²⁴ **KRASUSKI v. POLAND**, Application no. 61444/00, STRASBOURG, 14/06/2005.

técnicas, diversas audiências e recursos, teve decisão final proferida em 2002. A Corte Européia, provocada a se manifestar sobre a ocorrência ou não de dilações indevidas e de atraso no julgamento por parte do estado polonês, decidiu que, apesar de o feito ter certa complexidade, por envolver perícias, a parte autora não dera causa à demora no andamento do processo. Por outro lado, afirmou o Tribunal Europeu, os ritos do processo civil polonês foram corretamente seguidos, não ocorrendo qualquer abuso por parte das autoridades judiciárias, que respeitaram todos os prazos previstos. Assim, numa conjugação de fatores, restou decidido que o art. 6º da Convenção Européia não fora violado.

No caso HORVAT v. CROATIA²⁵, houve a particularidade de o feito ainda não ter sido julgado no país de origem. Tratava-se de simples ação de cobrança, ajuizada na Croácia, em 1995, contra duas empresas. Devido à demora na citação das rés, a primeira audiência foi marcada para outubro de 2000, período em que a Corte Européia foi provocada a se manifestar sobre a violação ao art. 6º da Convenção. No caso em análise, o estado croata foi condenado a indenizar a parte autora, pois, na opinião do Tribunal Europeu, é responsabilidade das autoridades estatais informar o endereço correto dos demandados em juízo ou mesmo indicar representantes legais, o que ainda não fora efetuado. Afora isso, conforme consta no acórdão, o caso não guardaria qualquer complexidade e a demandante não seria responsável pela demora na tramitação do feito.

Veja-se que outros casos poderiam ser aqui comentados, relativos à aplicação dos critérios pela Corte Européia nos processos cujo conteúdo é a demora na prestação jurisdicional (*breach of the reasonable length of proceedings requirements*), mas todos eles possuem a mesma lógica de apreciação das decisões comentadas acima, de conjugar, no caso concreto, a complexidade do caso, a atuação das partes e o comportamento das autoridades estatais envolvidas.

²⁵ HORVAT v. CROATIA, Application no. 51585/99, STRASBOURG, 26/07/2001.

2.1.2 O Caso Italiano e a Lei 89/2001 (Legge Pinto)

No contexto examinado, a situação da Itália em relação aos demais países europeus é de todo peculiar²⁶. Desde a adesão do país à comunidade européia, multiplicaram-se aos milhares os processos perante o Tribunal Europeu, em que se reclamava indenização pela demora excessiva nos julgamentos dentro do estado italiano. Não poucas vezes o país foi repreendido tanto por desrespeitar sua legislação processual interna, quanto por desobedecer às condenações impostas pela Corte, diante das reiteradas ofensas ao artigo 6º da Convenção. Mesmo com a edição do CPC italiano, em 1942, que, recentemente, sofreu dinâmicas alterações, a duração do processo na Itália ainda se mostrava demasiadamente longa e falha. Assim, cada vez mais novos deveres se impuseram ao país, em especial os de prestação da tutela jurisdicional em tempo razoável.

Diante desse quadro, de morosidade da justiça italiana, os cidadãos, confiando mais na efetividade de um recurso à Corte Européia, como forma de fazer valer seus direitos, passaram a recorrer à mesma, exigindo a finalização dos processos judiciais em tempo justo ou mesmo indenização pelos prejuízos materiais e morais advindos da exagerada duração do processo²⁷. E, ademais, apesar de o art. 35 da Convenção – acima transcrito²⁸ – estabelecer que a Corte não pode ser acionada enquanto não exauridos os recursos internos dentro do país infrator, o art. 41 favorece interpretação diversa, segundo a qual os cidadãos podem recorrer diretamente à Corte para pleitear prejuízos advindos, por exemplo, da duração exagerada do processo. Com tal interpretação legal, os cidadãos italianos, insatisfeitos com os lentos procedimentos judiciais do país, passaram a levar as reclamações à Corte Européia, o que acarretou à mesma um grande acúmulo de demandas; nessa ordem, passou a CEDH a diminuir suas condições de cumprir os prazos e demais atribuições administrativas. Após grande pressão e censura exercida

²⁶ Verificar, a respeito, as decisões *FERRARI V. ITALY*, Application no. 33440/96, STRASBOURG, 28/07/ 1999; e *A.P. V. ITALY*, Application no. 35265/97, 28/07/1999.

²⁷ Cf. HOFFMAN, Paulo. *Razoável Duração do Processo*, p. 52.

²⁸ P. 06.

pela Corte Europeia, a Itália viu-se obrigada a modificar sua legislação e inclusive sua própria Constituição, como antes referido.

Além da emenda constitucional que inseriu no art. 111 a expressa menção ao direito à razoável duração do processo (*ragionevole durata*), em 24.03.2001, foi promulgada a Lei 89/2001, a chamada *Legge Pinto*, fruto das violentas repreensões que a Justiça italiana vinha sofrendo, e tratou do dever de indenizar aquele que sofra prejuízo em decorrência da duração exagerada do processo²⁹. A lei positivou em seus artigos jurisprudência já firmada pelo Tribunal de Estrasburgo³⁰, ao fixar os mesmos critérios para a averiguação de ofensa ao art. 6º da Convenção (complexidade do caso, comportamento das partes e atuação das autoridades). Aspecto interessante dessa lei é a previsão de que entre a distribuição e o julgamento do pedido de indenização deva transcorrer apenas 4 meses e de que a decisão, ainda que sujeita a recurso, é executiva³¹. Contudo, é fácil perceber que essa lei, prevendo uma reparação justa, não é um fim em si mesma, pois apenas repara quem sofreu com a demora no processo, mas não faz as reformas necessárias na legislação e na estrutura da máquina judiciária.

O Tribunal europeu, em diversos acórdãos, tem se pronunciado sobre a lei Pinto, afirmando que a razão de sua existência decorreu da necessidade de oferecer aos nacionais italianos um instrumento judicial doméstico contra as violações à razoável duração do processo. O Tribunal frisa, nessa esteira, que o objetivo primeiro da lei foi dar

²⁹ Assim reza o art. 2º da Lei italiana:

Art. 2. “1. Chi ha subi'to un danno patrimoniale o non patrimoniale per effetto di violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle liberta' fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione, ha diritto ad una equa riparazione”.

³⁰ Nesse sentido, o texto do art. 2º, parágrafo 2 da Lei:

“2. Nell'accertare la violazione il giudice considera la complessita' del caso e, in relazione alla stessa, il comportamento delle parti e del giudice del procedimento, nonche' quello di ogni altra autorita' chiamata a concorrervi o a comunque contribuire alla sua definizione”.

³¹ Art. 3º, § 6 da Lei 89/2001:

“6. La corte pronuncia, entro quattro mesi dal deposito del ricorso, decreto impugnabile per cassazione. Il decreto e' immediatamente esecutivo”.

efeito ao princípio da subsidiariedade (*subsidiarity principle*), o qual rege a intervenção do Tribunal de Estrasburgo, conforme o art. 35, e que determina que Estados-Membros da Comunidade Européia garantam aos indivíduos a proteção dos direitos reconhecidos pela Convenção Européia dos Direitos Humanos. E essa proteção deve ser, antes de tudo, efetiva, isto é, de um modo que não se necessite recorrer à Corte Européia³².

A lei Pinto (Lei 89/2001) constitui, assim, o instrumento judicial interno italiano disponível às vítimas de uma violação ao art. 6º da Convenção, de modo que seja possível aos indivíduos, antes de se dirigirem à Corte Européia, reclamar o justo reparo no próprio país. Mas aqui vem interessante observação constante em recentes decisões em que se fez referência à lei Pinto e a instrumentos legislativos de outros países³³ que tenham semelhantes propósitos: os mecanismos para implementação da Convenção Européia e para a observância do *princípio da subsidiariedade* não são levados em conta nos casos em que a Corte considera que as conseqüências advindas da violação não tenham sido sanadas, ainda que o tenham sido parcialmente³⁴.

³² Paulo Hoffman faz análise crítica da Legge Pinto ao sustentar que “[...] os riscos gerados ao cidadão pelo procedimento da lei Pinto são maiores que aqueles para dirigir-se à Corte Européia. Apesar de ser um incentivo a proximidade do Tribunal Italiano em contraposição àquele da Corte Européia com sede em Estrasburgo, a obrigatoriedade de estar representado por advogado (art. 3º, §2º, e o perigo de eventual condenação nos ônus da sucumbência em caso de insucesso da demanda, além de uma jurisprudência italiana ainda incerta, geram mais temor ao cidadão, que, após sofrer com a demora exagerada do processo, fica submetido ao risco de não ser indenizado e ainda ter de gastar alguma quantia para suportar demanda indenizatória (HOFFMAN, Paulo. *Razoável Duração do Processo*, p. 78). .

³³ Ver, exemplificativamente, o teor da decisão *STRÁIN AND OTHERS v. ROMANIA*, Application no. 57001/00, STRASBOURG, 21/07/2005, na qual consta relevante observação da Corte Européia: “[...] the Court reiterates that a judgment in which it finds a breach imposes on the respondent State a legal obligation under the Convention to put an end to the breach and make reparation for its consequences. If the internal law allows only partial reparation to be made, Article 41 of the Convention gives the Court the power to award compensation to the party injured by the act or omission that has led to the finding of a violation of the Convention. The Court enjoys a certain discretion in the exercise of that power, as the adjective “just” and the phrase “if necessary” attest”.

³⁴ No acórdão do processo *COCCHIARELLA v. ITALY* (Application no. 64886/0, STRASBOURG, 29/03/2006), a Corte faz expressa referência às principais reclamações dos nacionais italianos em relação à lei Pinto. Cabe transcrevê-las:

Em uma situação dessas, é admissível que a Corte aja diretamente para proteger os direitos da vítima não protegida de modo adequado pelo instrumento processual interno. Nesse sentido, a Corte tem reiteradamente decidido ser imprópria a proteção fornecida pelo Estado Italiano ao implementar a Lei 89/2001³⁵.

Uma das críticas que a CEDH faz a tal implementação legal é relativa à negativa do Estado italiano em indenizar a demora no julgamento em processos de pequeno valor, quando violado o art. 6º da Convenção. Para a Corte, os danos da ofensa à razoável duração do processo, independente da quantia que esteja em jogo, devem ser indenizados, em virtude da ansiedade e do stress causado pela demora no julgamento, que atingem as partes em qualquer

“[...] (b) stamp duty and fees for registration in the list of cases had been payable (by decision of the Ministry of Justice – that is, the respondent – in a circular sent to the registries) until a decree of 7 March 2002; (c) Pinto proceedings were always conditional (whether the applicant won or lost) on the payment of other expenses, including the heavy tax on registering the decision; (d) applications had been dealt with at only one level of jurisdiction, without any possibility of appealing to the Court of Cassation in the event of an error of assessment, until the departure from precedent of 26 January 2004; (e) consideration of the application in private (*camera di consiglio*) rather than in ordinary proceedings made it impossible to adduce evidence other than documents, and the court could request further evidence (but was not obliged to do so). The choice of this type of procedure by the legislature was intended to limit as far as possible the amount of compensation for damage by ensuring that the court gave its ruling in the light of the information available; (f) the domestic criteria governing compensation for damage were entirely different from those of the Court; (g) there was an inequality of treatment regarding the payment of costs and expenses: if the claimant won the amounts awarded by the courts of appeal were minimal, whereas if the claimant lost the amounts payable to the State were much higher.”

³⁵ “[...] the Court does not see how the introduction of the Pinto remedy at domestic level has solved the problem of excessively lengthy proceedings. It has admittedly saved the Court the trouble of finding these violations, but the task has simply been transferred to the courts of appeal, which were already overburdened. Furthermore, given the occasional divergence between the case-law of the Court of Cassation (see paragraphs 22-29 above) and that of the Court, the latter is again required to give a decision as to the existence of such violations (**MAGHERINI v. ITALY**, Application no. 69143/01, STRASBOURG, 1/06/2006).

circunstância³⁶ (*non-pecuniary damage*). A Corte também ressalta que a melhor solução, em termos absolutos, para a redução da duração dos processos é a prevenção, alertando que o artigo 6º da convenção impõe aos Estados-Membros o dever de organizar seus sistemas judiciários, de modo a que suas cortes julguem os casos em um tempo razoável. Destarte, a Corte assevera que a lei Pinto traria uma solução somente “*a posteriori*”, sem modificar as principais mazelas da estrutura estatal italiana, ao prever uma medida puramente indenizatória. Em algumas decisões³⁷, o Tribunal cita que países como Áustria, Croácia e Polônia combinaram dois tipos de soluções: uma para acelerar os procedimentos e outra para proporcionar indenização pela demora excessiva.

2.2 A Comissão Européia para Eficiência da Justiça (recomendações do conselho da Europa para a efetividade dos processos judiciais)

Em 2002, o Conselho da Europa organizou uma comissão (comissão européia para eficiência da justiça), a fim de melhorar o funcionamento do Poder Judiciário dos Estados-Membros da Comunidade Européia, de modo a garantir que todos os indivíduos pu-

³⁶ No processo *MUSCI v. ITALY* (*Application no. 64699/01*, STRASBOURG, 29/03/2006), fica claro tal posicionamento da Corte Européia, como se observa da seguinte passagem: “It cannot therefore be maintained – as the Rome Court of Appeal has done – that compensation is not due because of the small amounts at stake in the proceedings in question. Such a reason, apart from being rendered immaterial by the fact that the European Court has already ruled that non-pecuniary damage had been sustained because of **delay in the same action, is in any case incorrect, because the amount of what is at stake in an action in which non-compliance with reasonable time-limits has been ascertained can never have the effect of excluding non-pecuniary damage, given that the anxiety and distress resulting from the length of the proceedings normally also occur in cases in which the amounts at stake are small; hence this aspect may have the effect of reducing the amount of compensation but not of totally excluding it**” (grifo nosso).

³⁷ Conferir, nesse sentido, *TOMASIĆ v. CROATIA*, *Application no. 21753/02*, STRASBOURG, 19/10/2006; e *MICHALAK v. POLAND*, *Application no 24549/03*, STRASBOURG, 01/03/2005.

dessem fazer valer de modo efetivo os direitos postos na Convenção, criando, desse modo, confiança dos cidadãos no sistema judiciário.

Referida comissão observou que os mecanismos que se limitam a indenizar a demora dos processos são muito fracos e inadequados para fazer os Estados modificarem a estrutura operacional do Judiciário³⁸. Em verdade, o Conselho de Europa já possuía um conjunto de princípios e regras relativos à eficiência da Justiça, contidos em uma série de resoluções e recomendações do Comitê de Ministros³⁹, na esteira do que já vem sendo consolidado pela jurisprudência da Corte Européia.

Na recomendação n° 5 de 1984, são elencados alguns princípios destinados a diminuir a sobrecarga de processos. Sugere-se que os feitos não tenham mais do que duas audiências, que sejam estabelecidas severas sanções aos advogados que litigam de má-fé, procrastinando os feitos, e que, de um modo geral, seja conferido maior poder aos Juízes ao conduzir as audiências. A recomendação n° 12, de 16 de setembro de 1986, a seu turno, trata da necessidade de se incentivar os acordos e conciliações, bem como julgamentos pelo método da arbitragem, além de propor que certas questões não sejam mais tratadas pelo Judiciário, como, por exemplo, casos de reconhecimento de paternidade, casos de tutela e curatela, celebração de casamento, estabelecimento de acordos em propriedades familiares, entre outros.

Já na recomendação n° 5 de 1995, elaborada pelo Comitê de Ministros dos Estados-Membros para a melhora do funcionamento dos sistemas de recursos judiciais, sugere-se aos países uma série de medidas processuais, como a efetivação de execução provisória das decisões, (antes do trânsito em julgado), a irrecorribilidade de certas decisões interlocutórias, a limitação no número de possibilidades de recurso de apelação, o julgamento, em grau de recurso, por apenas

³⁸ Cf. . 3rd Annual Report. January to December 2002. Report by the Commissioner for Human Rights 19 September 2003. Disponível em: <<http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/doc04/edoc9916.htm>> Acesso em: 10 dez. 2006

³⁹ COUNCIL OF EUROPE. *Relevant Council of Europe Resolutions and Recommendations in the field of efficiency and fairness of justice*, Strasbourg, 10 September 2002.. Disponível em http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_cooperation/operation_of_justice/conferences/DIRJUR_2002_10%20Justice%20recommendations.pdf Acesso em: 11 dez. 2006.

um juiz, ao invés de órgão colegiado em certos casos (como, por exemplo, casos urgentes, casos de direito de família, ou mesmo casos de menor valor, entre outras hipóteses). Recomenda-se, também, que as Cortes de Segunda Instância diminuam os tempos de defesa nas sustentações orais por parte dos advogados.

Em relação à recomendação nº 3 de 2001, o Conselho se refere ao papel do avanço da tecnologia e suas vantagens no meio judicial, sugerindo a todos os Estados-Membros que os cidadãos tenham acesso às lides por meio da internet e que as ações possam ser ajuizadas eletronicamente.

3 A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO NO DIREITO BRASILEIRO

Antes de entrar em vigor a Emenda Constitucional nº 45/2004, a CRFB/88 já continha dispositivos que, para alguns autores⁴⁰, traziam implícito o direito à razoável duração do processo. Com efeito, nossa Lei Fundamental garante, no seu art. 5º, incisos XXXV e LIV, respectivamente, o direito ao acesso ao Poder Judiciário, bem como o direito ao devido processo legal, o que, a rigor, imporia respeito a todos os prazos previstos pela legislação. Não restam dúvidas, porém, de que foi a partir da reforma constitucional de 2004 que o debate acerca da demora nos feitos judiciais passou a surtir efeitos mais concretos.

A reforma do Judiciário, além de tornar explícito no art. 5ª da Constituição o direito fundamental à razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, organizou a

⁴⁰ Conferir HOFFMAM, Paulo, *Razoável Duração do Processo* e TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)* Nesse sentido, também assevera Carlos Alberto Álvaro de Oliveira que “a efetividade está consagrada na Constituição Federal, art. 5º, XXXV, pois não é suficiente tão-somente abrir a porta de entrada do Poder Judiciário, mas prestar jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem dilações temporais ou formalismos excessivos, que conceda ao vencedor no plano jurídico e social tudo a que faça jus” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo*. Disponível em <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina>>. Acesso em: 20 dez. 2006).

atividade jurisdicional dispendo sobre critérios de promoção do juiz ligados ao zelo e à presteza no exercício da jurisdição⁴¹. Outrossim, instituiu a súmula vinculante, de sorte a tornar mais dinâmica a atividade dos tribunais, dispensando-os, assim, da repetição de fundamentos no julgamento de processos com casos idênticos. E, frise-se, criou-se, com a Emenda Constitucional nº 45, o Conselho Nacional de Justiça, órgão externo com função de controle da atuação administrativa e financeira do poder judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes (art. 103-B, parágrafo 4º da CRFB/88) .

Pelo que já foi aqui até analisado, constatamos que o mero acesso ao Judiciário, tanto no Brasil quanto nos países europeus (ou mesmo nos Estados Unidos) não é suficiente para realizar direitos. Cada vez mais, a questão do tempo e do processo se mostra intrinsecamente ligada à efetividade da Justiça⁴². Sobre o tema, aliás, é de consenso que o processo, por constituir conjunto de atos processuais relacionados entre si e que tendem a um fim esperado e desejado, deve obedecer às formalidades necessárias, sob pena, inclusive, de se dar margem a arbítrios indesejado dos juízes⁴³. A observância de formalidades processuais é concretização, aliás, do princípio da

⁴¹ Assim, por exemplo, o art 93, inciso II, c e e da CRFB/88 previu impedimento à promoção do juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal.

⁴² Conforme lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “o tempo tornou-se em nossos dias um dos parâmetros fundamentais da Justiça moderna, em face da mudança de natureza qualitativa na natureza dos litígios, na maior parte surgidos em virtude da massificação da economia. A isso se acrescenta a extraordinária velocidade do mundo atual, decorrente da revolução informática, a exigir um novo paradigma de Justiça” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 257).

⁴³ À luz dos ensinamentos de Ovídio Baptista, a idéia de processo é a de movimento, tendo um ponto de partida, cuja iniciativa é a do cidadão, e um termo final que ocorre com a extinção do feito, onde se verificará ou não a análise meritória. Esse movimento, onde se observará o inevitável e imprescindível impulso oficial, implica tempo, já que a seqüência de atos processuais tem certa duração. O tempo é, pois, relevante elemento do processo, e conduz o juiz e as partes. O juiz, porque na sua atividade de verificar a verdade dos fatos, deve regredir no tempo a fim de investigar os fatos relatados, reproduzindo-os da forma mais precisa possível, e remeter-se ao futuro a fim de medir as conseqüências de uma decisão (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*, v. 1, 5a ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 195).

segurança jurídica. Porém, espera-se, sempre, que o processo dure o tempo suficiente para que a tutela pretendida não seja tardia, em respeito à máxima de que justiça tardia é injustiça⁴⁴. Por isso mesmo, na esteira do que ensina Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, devem-se combater as formalidades exageradas, que não possuem razão de ser. Conforme o autor⁴⁵,

o formalismo excessivo é vislumbrado como denegação de justiça se não imposto para a proteção de algum interesse quando venha a complicar, de maneira insustentável, a aplicação do direito material. Combatem-se, dessa forma, os atos judiciais arbitrários, assim considerados aqueles não baseados em argumentos sérios e objetivos, sem nenhum sentido ou finalidade razoável ou que realizem distinção não amparada nos fatos da causa.

Portanto, é imperativo que, no processo, se busque sempre um equilíbrio entre os princípios da efetividade e da segurança jurídica; princípios que, por vezes, parecem até mesmo se contrapor. Não se deseja, por certo, que à custa de um processo mais célere, sejam afrontadas as garantias do devido processo legal, ou sejam, por exemplo, as partes forçadas a firmarem acordos contra a vontade. Conforme Paulo Hoffman⁴⁶, “tanto é inaceitável um processo extremamente demorado como aquele injustificavelmente rápido e precipitado, no qual não há tempo hábil para produção de provas e alegações das partes, com o total cerceamento de defesa”.

Nesse constante embate entre segurança jurídica e efetividade do processo, Alvaro de Oliveira⁴⁷ refere que

o formalismo, ao contrário do que geralmente se pensa, constitui o elemento fundador tanto da efetividade quanto da segurança do processo. A efetividade decorre, nesse contexto,

⁴⁴ Na linha do que ensina Alvaro de Oliveira: “A contingência do fator temporal revela-se de forma ainda mais evidente, porquanto o processo só tem sentido quando atinge a sua principal finalidade em tempo relativamente proporcional às dificuldades da causa, ou na medida em que se acomode à função reclamada do juízo” (OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, p. 122).

⁴⁵ *Idem*, *ibidem*, p. 194.

⁴⁶ HOFFMAN, *Razoável Duração do Processo*, p. 41

⁴⁷ OLIVEIRA, *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo*.

do seu poder organizador e ordenador (a desordem, o caos, a confusão decididamente não colaboram para um processo ágil e eficaz), a segurança decorre do seu poder disciplinador. Sucede, apenas, que ao longo do tempo o termo sofreu desgaste e passou a simbolizar apenas o formalismo excessivo, de caráter essencialmente negativo.

[...]

Interessante é que ambos se encontram em permanente conflito, numa relação proporcional, pois quanto maior a efetividade menor a segurança, e vice-versa. Assim, por exemplo, o exercício do direito de defesa, garantia ligada à segurança, não pode ser excessivo nem desarrazoado. Nos casos não resolvidos pela norma, caberá ao órgão judicial, com emprego das técnicas hermenêuticas adequadas, ponderar qual dos valores deverá prevalecer. Na verdade, garantismo e eficiência devem ser postos em relação de adequada proporcionalidade, por meio de uma delicada escolha dos fins a atingir.”⁴⁸

3.1 As Reformas Processuais

Entretanto, se é verdade que os juristas devem objetivar a um equilíbrio entre os dois princípios acima mencionados, é nosso dever observar que nossas mais recentes leis processuais vêm privilegiando o valor da efetividade⁴⁹, observação que se sublinha, diante da

⁴⁸ Posicionamento semelhante a esse demonstra Rogério Cruz e Tucci, que afirma: “Não se pode olvidar, nesse particular, a existência de dois postulados que em princípio são opostos: o da segurança jurídica, exigindo, como já salientado, um lapso temporal razoável para a tramitação do processo (tempo fisiológico), e o da efetividade deste, reclamando que o momento da decisão final não se procrastine mais do que o necessário (tempo patológico). Obtendo-se um equilíbrio desses dois regramentos-segurança/celeridade-emergirão as melhores condições para garantir a justiça no caso concreto sem que, assim, haja diminuição no grau de efetividade da tutela jurisdicional. (TUCCI, *Garantias constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 anos da constituição federal de 1988*, p. 237).

⁴⁹ Alerta, por isso mesmo, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “nos dias atuais vários fatores vêm determinando uma maior prevalência do valor da efetividade sobre o da segurança. Um dos aspectos relevantes é a mudança qualitativa dos litígios trazidos ao Judiciário, numa sociedade de massas, com interesse de amplas camadas da população, a tornar imperativa uma solução mais rápida do processo e a efetividade das decisões judiciais. Outro fator significativo é a própria adoção dos princípios e sua constitucionalização, fenômeno que se iniciou após o término da Segunda Guerra Mundial. A anterior tramitação fechada e a

promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004. Cumpre, por oportuno, mencionar que desde 1994, com a inserção da tutela antecipada em nosso ordenamento (art. 273 do CPC), diversas outras inovações foram postas em prática, como, por exemplo, a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei 9.099/95), onde os processos são orientados pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.

Inquestionável, portanto, que a efetividade é um dos valores consubstanciadores da organização do processo, o que justifica a importância que se vêm atribuindo à tutela cautelar, assim como aos instrumentos processuais de caráter provisório. Nesse mesmo contexto, privilegia-se a tutela “in natura” das obrigações de fazer e não fazer e de entrega da coisa, ao invés de ações indenizatórias. Para Teori Zavascki, com a modificação das obrigações de fazer e não fazer, criaram-se mecanismos adequados para fornecer a tutela específica desses deveres e suprimiram-se as deficiências originais do Código, o qual possuía instrumentos processuais limitados e ineficazes⁵⁰. E, entre os remédios de natureza definitiva, mostram-se mais produtivos aqueles “tendentes a prevenir o aparecimento do dano, e não apenas a reconduzir a situação litigiosa ao *status quo ante*”⁵¹.

Em 2005 e 2006, importantes alterações foram realizadas na legislação processual brasileira, modificando-se, substancialmente, aquele que era o grande causador de frustrações às partes, qual seja, o processo de execução. Cumpre traçar breves considerações sobre as leis recentemente promulgadas, as quais, em suas exposições de motivos, contiveram todas, sem exceção, a referência à necessidade de aprimoramento do processo, visando à celeridade processual. As exposições de motivo referem, assim, que “sob a perspectiva das

minúcia regulamentadora das atuações processuais (excesso de formalismo) dos códigos processuais, formados em período autoritário ou informados por ideologia dessa espécie, servia ao fim de controle da jurisdição e dos agentes forenses pelo centro do poder político, diminuindo a participação democrática dos sujeitos de direito. Tudo veio a mudar com a emergência dos princípios, considerados nessa nova perspectiva como direitos fundamentais, que podem e devem ter lugar de destaque na aplicação prática do direito, sobrepondo-se às simples regras infraconstitucionais”

⁵⁰ ZAVASCKI, *Antecipação de tutela*, p. 175.

⁵¹ OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, p. 70.

diretrizes estabelecidas para a reforma da Justiça, faz-se necessária a alteração do sistema processual brasileiro com o escopo de conferir racionalidade e celeridade ao serviço de prestação jurisdicional, sem, contudo, ferir o direito ao contraditório e à ampla defesa”. De fato, essas mudanças legislativas têm o nítido objetivo de reduzir o tempo do processo ou adequar o CPC a alterações já ocorridas no âmbito jurisprudencial.

A Lei 11.187 de 20 de outubro de 2005 alterou o regime do recurso de agravo, excepcionando as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, ao tornar o retido a regra, com o claro intuito de reduzir recursos na esfera dos Tribunais. Reforçou-se, com essa lei, a cultura de irrecorribilidade das decisões interlocutórias, de modo que o procedimento tenha um desenvolvimento mais fluido em sede de primeiro grau de jurisdição⁵².

A Lei 11.232 de 22 de dezembro de 2005 tornou mais simples o procedimento de liquidação de sentença e o da execução de títulos judiciais, à medida em que deixaram de ter a natureza de ação. Com a mudança, a complementação da sentença condenatória continua a ser feita através de liquidação, todavia a mesma assumiu a forma de incidente, ou, ao menos, de mero complemento para a concretização da sentença líquida⁵³. A execução, por sua vez, passou a ser mera continuidade do processo de conhecimento, conforme art. 475-J do CPC⁵⁴.

A Lei 11.276 de 7 de fevereiro de 2006 positivou a súmula impeditiva, permitindo ao juiz não receber o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do STJ ou do STF. A Lei 11.277 de 7 de fevereiro de 2006 criou a possibilidade do juiz, que já tenha prolatado sentença de total improcedência em casos idênticos, em matéria exclusivamente de direito, proferir

⁵² SILVA, Jaqueline Mielke. José Tadeu Neves Xavier. Reforma do processo civil. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

⁵³ Idem, *ibidem*, p. 65-66.

⁵⁴ Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação

de plano a sentença, com dispensa de citação. Já a lei 11.280 de 2006, alterando o art. 555 do CPC e, objetivando a celeridade no processo, criou rotina mais rígida para o processamento do pedido de vista nos Tribunais.

Por fim, urge referir, por sua importância, a promulgação da Lei 11.441, publicada em 5 de janeiro de 2007. Alterou-se, com ela, os artigos 982, 983 e 1.031 do Código de Processo Civil e acrescentou-se o artigo 1.124A ao mesmo diploma legal. A nova lei revela, como reflexo das anteriores inovações legislativas, o processo de desburocratização por que passa o judiciário e, bem assim, demonstra a tentativa de se desafogar nossos fóruns e tribunais do volume invencível de processos. De acordo a Lei 11.441/07, a separação e o divórcio consensual poderão ser realizados na via administrativa, vale dizer, em cartório extrajudicial, por escritura pública, com a condição de que o casal não tenha filhos menores ou incapazes. Para isso, é necessário que na escritura estejam todas as informações sobre a partilha dos bens, pensão alimentícia e a retomada pelo cônjuge ao nome de solteiro. Segundo a lei, o inventário e a partilha também poderão ser feitos por escritura pública, desde que não haja testamento ou um interessado incapaz.

Desse modo, parece ser incontestável que o propósito do legislador ao complementar com leis infraconstitucionais, o art. 5º, LXXVIII, foi tornar o processo judicial mais célere, o que é positivo para o país. Cruz e Tucci⁵⁵ comenta, a propósito, estudo que se fez sobre o papel da estrutura do Poder Judiciário no desenvolvimento econômico de uma nação, no qual se concluiu que os países que apresentam uma satisfatória administração da justiça estimulam seu progresso econômico e tecnológico, pois asseguram, ao mesmo tempo, o direito de propriedade e os direitos contratuais, reduzindo a instabilidade social e as expropriações administrativas.

Contudo, sem deixar de levar em conta as virtudes das alterações legislativas, não podemos abandonar o espírito crítico ao buscar a celeridade da Justiça, deixando de lado o princípio da segurança jurídica, essencial ao estado democrático de direito. Sobre o assunto,

⁵⁵ TUCCI, *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*, p. 116).

é bom que transcreva, para fins de reflexão, as palavras do jurista José Carlos Barbosa Moreira quando afirma que se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço.⁵⁶

3.2 A Atuação do Conselho Nacional de Justiça

Conforme referido anteriormente, a criação do Conselho Nacional de Justiça foi uma das inovações trazidas pela Emenda Constitucional nº 45/04. Urge analisar, por ora, de que maneira o CNJ tem disciplinado e julgado os casos em que se reclama a excessiva duração dos processos judiciais.

Toda parte que se julgar atingida por eventual violação ao art. 5º, LXXVIII (garantia da razoável duração do processo), pode interpor representação por excesso de prazo perante o Conselho. Do que se pode analisar das decisões já proferidas, quando provocado nesse sentido, o CNJ tem requerido esclarecimentos para as autoridades judiciárias envolvidas, definindo um prazo específico para que se julgue o caso. Segundo o relatório anual do mencionado órgão estatal⁵⁷, os processos que lhe são distribuídos, em maior quantidade, são as representações por excesso de prazo e as reclamações disciplinares, que correspondem a 90% dos processos. Muitos desses feitos são imediatamente solucionados, sem nenhuma burocracia, e arquivados.

A Primeira Orientação expedida pela Corregedoria do CNJ, de 30/03/2006, estabeleceu medidas a serem adotadas pelas Corregedorias de Justiça das Cortes do país para o aperfeiçoamento do controle sobre o andamento processual, a fim de evitar excesso injustificado de prazos ou a excessiva duração do processo. Cumpre transcrever as medidas determinadas:

⁵⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual: Oitava Série*. São Paulo: Editora Saraiva. 2004, p. 5.

⁵⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Anual das Atividades da Corregedoria Nacional de Justiça, 2005. Disponível em <<http://www.cnj.gov.br>> Acesso em: 07 jan. 2007.

1. Controle estatístico dos processos em tramitação nos órgãos jurisdicionais que lhes são vinculados, com identificação periódica daqueles que apresentem evidente excesso de prazo para a prática de ato de competência do magistrado ou a cargo da secretaria ou cartório.
2. Verificação das causas dos excessos de prazo nos casos que apresentem grande desvio da média ou maior incidência no mesmo órgão jurisdicional, com adoção de providências destinadas a retomar o andamento dos feitos, inclusive, se necessário, com fixação de prazo para a prática do ato.
3. **Levantamento estatístico periódico da duração média dos processos nos juízos, atentando para que a comparação leve em conta especificidades como, por exemplo, competência, localização, número de magistrados e de servidores em atuação, número de computadores disponíveis, entre outras. Do resultado desse levantamento dar ciência aos magistrados e buscar esclarecer as causas de eventuais desvios expressivos da média, sejam para maior ou para menor tempo de duração dos processos, a fim de solucionar os casos de duração excessiva e de estender, por meio de atos normativos, boas práticas que tenham garantido menor tempo na prestação jurisdicional.**
4. Estímulo ao uso dos recursos de informática no controle do andamento processual pelos magistrados, com a finalidade de permitir que identifiquem preventivamente situações de demora na prestação jurisdicional e possam, antes de se tornar necessária a intervenção do órgão correcional, imprimir regular andamento aos feitos sob sua jurisdição.
5. Realização de seminários e cursos objetivando capacitar magistrados e servidores quanto ao uso dos recursos tecnológicos disponíveis, especialmente os de informática, bem como coletar e divulgar sugestões voltadas à racionalização dos serviços, como meio de se alcançar maior celeridade processual.
6. Informação à Corregedoria Nacional de Justiça das medidas implementadas que tenham apresentado resultado satisfatório no tocante à presteza na prestação jurisdicional e à duração razoável dos processos.

O CNJ também tem primado pela implementação da Lei 11.419/2006, que trata da tramitação de processos judiciais, da comunicação de atos e transmissão de peças processuais por meio eletrônico e ainda da assinatura eletrônica baseada em certificado digital.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que mais desperta a atenção do estudioso do tema sob enfoque é, sem dúvida, a preocupação mundial com a efetividade da Justiça. Há mais de 50 anos considerado direito fundamental dos cidadãos europeus, o julgamento dos processos em um tempo razoável ocupa posição de destaque na Convenção Européia dos Direitos Humanos e é objeto de desenvolvida jurisprudência no Tribunal de Estrasburgo. A Corte Européia tem sido firme ao determinar que todos os países signatários da Convenção organizem seus sistemas judiciais de modo a que o art. 6º seja cumprido. A Itália, nesse panorama, é o país que mais sofreu repreensões da Corte, obrigando-se tanto a alterar sua Constituição quanto lançar mão de instrumento legislativo que buscasse indenizar as vítimas das demoras indesejadas nos processos.

O Brasil, em 2004, com a Emenda Constitucional nº 45, e após muitos debates sobre a necessidade de reforma do Poder Judiciário, inseriu dispositivo constitucional que protege o direito à razoável duração do processo. Julgamos, sem hesitar, ser positiva a inovação, à medida que diversas alterações visando à celeridade processual foram inseridos no nosso ordenamento, além de ser de elogiosa a criação do Conselho Nacional de Justiça, como forma de efetivar o controle do Poder Judiciário.

Temos ciência, porém, de que não bastam apenas medidas legais de alteração no processo civil brasileiro para que a o art. 5º, inc. LXXVIII seja cumprido. Necessitamos, é verdade, de um Judiciário eficaz, devidamente aparelhado com profissionais competentes, atualizado com modernas tecnologias de informação e comunicação, e com estrutura física capaz de acomodar os operadores do direito.

REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, M e GARTH, B. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Antônio Fabris Editor, 1998.

COMELLA, Victor Ferreres. The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court. Some Thoughts on Judicial Activism. In: *Avenues in Comparative Constitutional Law*, 2004, Austin, Estados Unidos. Paper apresentado em 27 de fevereiro de 2004 na UT Austin School of Law.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Anual das Atividades da Corregedoria Nacional de Justiça, 2005. Disponível em <<http://www.cnj.gov.br> <Acesso em: 07 jan. 2007>.

COUNCIL OF EUROPE. *Relevant Council of Europe Resolutions and Recommendations in the field of efficiency and fairness of justice*, Strasbourg, 10 September 2002. Disponível em <http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/operation_of_justice/conferences/DIRJUR_2002_10%20Justice%20recommendations.pdf > Acesso em: 11 dez. 2006

_____. *3rd Annual Report. January to December 2002. Report by the Commissioner for Human Rights 19 September 2003*. Disponível em: <<http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/doc04/edoc9916.htm>> Acesso em: 10 dez. 2006.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Decisões disponíveis em <<http://www.echr.coe.int/ECHR>> Acesso em: 12 e 13 dez. 2006: A.P. V. ITALY, Application no. 35265/97, 28/07/1999;

BLAKE v. THE UNITED KINGDOM. Application no. 68890/01, STRASBOURG, 26/09/2006;

COCCHIARELLA v. ITALY. Application no. 64886/0, STRASBOURG, 29/03/2006;

FERRARI V. ITALY, Application no. 33440/96, STRASBOURG, 28/07/ 1999;

FRYDLENDER v. FRANCE. Application no. 30979/96, STRASBOURG, 27/06/2000;

GIUSEPPINA AND ORESTINA PROCACCINI v. ITALY. Application no. 65075/01, STRASBOURG//, 29/03/2006;

GOLDER v. THE UNITED KINGDOM. Application n. 4451/70, STRASBOURG, 21/02/1975;

GUINCHO V. PORTUGAL. Application no. 8990/80, STRASBOURG, 10/08/1984;

HORVAT v. CROATIA, Application no. 51585/99, STRASBOURG, 26/07/2001;

MUSCI v. ITALY, Application no. 64699/01, STRASBOURG, 29/03/2006;

KLEIN v. GERMANY. Application no. 33379/96, STRASBOURG, 27/07/ 2000;

KRASUSKI v. POLAND, Application no. 61444/00, STRASBOURG, 14/06/2005;

MAGHERINI v. ITALY, Application no. 69143/01, STRASBOURG, 1/06/2006;

MICHALAK V. POLAND, Application no 24549/03, STRASBOURG, 01/03/2005;

RUIZ-MATEOS v. SPAIN, Application no. 12952/87, STRASBOURG, 23/06/1993;

STRĂIN AND OTHERS v. ROMANIA, Application no. 57001/00, STRASBOURG, 21/07/2005;

TOMAŠIĆ v. CROATIA, Application no. 21753/02, STRASBOURG, 19/10/2006;

WEMHOFF v. GERMANY, Application n° 2122/64, STRASBOURG, 27/06/1968.

HALL L. Kermit. (Ed.). *The oxford companion to American law*. New York: Oxford University Press, 2002.

HOFFMAN, Paulo. O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana, in *Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004* - coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier... [et al.]. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Razoável Duração do Processo*. São Paulo: Quarter Latin, 2006

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual: Oitava Série*. São Paulo: Editora Saraiva. 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo*. Disponível em <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina>>. Acesso em: 20 dez. 2006.

SILVA, Jaqueline Mielke. José Tadeu Neves Xavier. *Reforma do processo civil*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*, v. 1, 5a ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 anos da constituição federal de 1988*. São Paulo: Rev. dos tribunais, 1999.

_____. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

PRESUNÇÕES E FICÇÕES NO DIREITO PROBATÓRIO

(Ensaio destinado à coletânea em Homenagem a Sálvio de Figueiredo Teixeira)

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*

SUMÁRIO: 1. Objeto do tema. 2. Presunções legais. 3. Axiologia das presunções legais. 4. Presunção legal *iuris tantum* e *iuris et de iure*. 5. Presunções *iuris tantum* de direito e presunções *iuris tantum* de fato. 6. Presunção *iuris et de iure*. 7. Presunção *iuris et de iure* e ficções. 8. Presunções simples ou *de hominis*. Bibliografia.

1. O tema das presunções tende a ser obscurecido e mal compreendido pelo tratamento unitário que geralmente se empresta às presunções legais – sejam *iuris et de iure* ou *iuris tantum* – e às presunções simples. Trata-se de fenômenos jurídicos totalmente distintos. Também não podem ser confundidas as presunções legais com as *ficções legais* ou *jurídicas*. É o que procurarei demonstrar neste ensaio.

2. As *presunções legais* constituem técnicas para garantir determinados valores em situações específicas. Por um lado, consistem em mandados normativos – que obrigam o juiz a concluir de certa forma em presença de um fato ou estado de coisas – e não em um enunciado relativo a uma afirmação fática. Por outro, constituem regras e, assim, expressões da linguagem jurídica.

Decorre dessas premissas que, nessa espécie de presunção, a conclusão do raciocínio desenvolvido pelo juiz não diz respeito a uma descrição ou a uma hipótese da realidade, mas consiste ape-

* Professor Titular de Processo Civil nos Cursos de Graduação e Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito pela USP. Advogado e Consultor em Porto Alegre, São Paulo e Brasília.

nas na aplicação da norma jurídica, que conecta certas premissas a determinadas consequências¹.

Não se pode deixar de ressaltar, no entanto, que as normas jurídicas estatuidoras das presunções legais se distinguem das demais normas, na medida em que asseguram esses valores mediante a regulação do ônus da prova. Instauram, assim, uma “regra de julgamento”, a indicar ao magistrado qual deve ser o conteúdo material da sentença, em determinadas situações específicas².

Nesse contexto, o desfavorecido pela presunção suporta o ônus de provar em contrário. E isso de forma totalmente independente de sua posição processual, nada importando o fato de ser autor ou réu³.

Indo mais a fundo na distinção entre as classes em análise, as *presunções legais* exibem principalmente uma função substancial e extraprocessual, ademais de indiretamente processual: dar segurança a certas situações de ordem social, política, familiar e patrimonial. Já as *presunções judiciais* ou de homem cumprem uma função exclusivamente processual, sem serem meios de prova⁴.

¹ Deve-se a Jerzy Wróblewski, *Structure et fonctions des présomptions juridiques*. In: *Les présomptions et les fictions en droit* (org. Ch. Perelman e P. Foriers). Bruxelles: Bruylant, 1974, p. 43-71, o desenvolvimento dessas ideias, com uma estruturação mais adequada do problema das presunções legais. Tal compreensão permite distingui-las perfeitamente das presunções simples, ou *hominis*, embora essa matéria não tenha sido tratada por Wróblewski em seu ensaio. Adere a Wróblewski, Marina Gascón Abellán. *Los hechos en el derecho – bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 138-145. De forma similar, posiciona-se José Carlos Barbosa Moreira, *As presunções e a prova*. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 55-71. Interessantes, ainda, as observações de Luigi Paolo Comoglio, *Le prove civili*. 2.ed. Torino: Utet, 2004, p. 467-494; Xavier Lagarde, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*. Paris: LGDJ, 1994, p. 354-366; Hernando Devis Echandía, *Teoria general de la prueba judicial*. 6. ed. Buenos Aires: Zavalía, 1988, p. 692-708, tomo II; Jairo Parra Quijano, *Tratado de la prueba judicial — Indicios y presunciones*. 3. ed. Bogotá: Librería del Profesional, 1997, tomo IV; Gennaró Roberto Pistolese, *La prova civile per presunzioni e le c. d. massime di esperienza*. Padova: Cedam, 1935.

² Wróblewski, *Structure et fonctions des présomptions juridiques*. In: *Les présomptions et les fictions en droit* (org. Ch. Perelman e P. Foriers). Bruxelles: Bruylant, 1974, n° 13, p. 55-57.

³ José Carlos Barbosa Moreira, *As presunções e a prova*. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, n° 4, p. 60.

⁴ Hernando Devis Echandía, *Teoria general de la prueba judicial*. 6. ed. Buenos Aires: Zavalía, 1988, n° 388, p. 695, tomo II.

3. Os valores que as presunções legais visam a garantir podem ser ideológicos ou técnicos⁵. *Valores ideológicos* são os interesses garantidos pela norma de modo a dificultar o afastamento da presunção. Assim, inexistindo prova contrária, o tribunal deve decidir conforme a conclusão da presunção, cujo conteúdo garante certos interesses. Esses valores ideológicos podem ser de natureza processual ou material.

Exemplo de valor ideológico de natureza processual: a garantia dos interesses do acusado no processo penal, que se exprime na presunção de inocência.

Exemplo de valor ideológico de natureza material: o interesse da criança em uma filiação determinada, garantido no direito brasileiro pelo art. 1.597, inciso I, do Código Civil vigente, a configurar presunção legal de que os filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal, foram concebidos na constância do casamento.

Os *valores técnicos* ligam-se especialmente ao valor efetividade (plano axiológico) e por consequência ao direito fundamental à efetividade (plano deontológico), visando a tornar mais eficiente a administração da justiça. Todavia, a efetividade não é o único valor que pode justificar a norma de presunção. É isso porque a presunção cria uma situação de desigualdade entre as partes, favorecendo uma delas em atenção a valores “ideológicos”, distintos da verdade ou da busca de solução para o caso. Pense-se, por exemplo, na presunção de paternidade matrimonial, que busca proteger a ordem familiar e, em particular, o interesse da criança concebida na constância do matrimônio⁶.

Como se vê, os valores técnicos são instrumentais em relação aos valores ideológicos, contribuindo também para a certeza e a segurança na aplicação do direito, dando, além disso, bases para que se possa prever em que sentido a decisão será tomada

⁵ Sobre isso e o que segue ver Wróblewski, *Structure et fonctions des présomptions juridiques*. In: *Les présomptions et les fictions en droit* (org. Ch. Perelman e P. Foriers). Bruxelles: Bruylant, 1974, n° 14, p. 57-58.

⁶ Marina Gascón Abellán. *Los hechos en el derecho – bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 141-142.

e, uma vez adquiridas as informações suficientes, qual será o seu conteúdo⁷.

Por outro lado, o legislador, ao estabelecer as presunções legais, costuma levar em conta a grande dificuldade de provar diretamente o fato causador de uma determinada consequência jurídica. Por tal razão, busca facilitar a prova impondo normativamente a presunção de uma determinada situação como verdadeira, salvo se demonstrado o contrário, vale dizer, estabelecendo uma presunção *iuris tantum*. O mesmo pode ocorrer por via jurisprudencial.

No direito brasileiro, os fatos favorecidos por uma presunção legal de existência ou veracidade não dependem de prova (CPC, art. 334, inciso IV). Isso, no entanto, não significa ausência de qualquer prova. Quem invoca a presunção deve, necessariamente, demonstrar encontrar-se na situação de poder invocá-la⁸, incumbindo-lhe provar plenamente e pelos meios próprios os fatos que sirvam de base à presunção, vale dizer, os que constituam pressupostos para a aplicação desta⁹.

4. A presunção legal pode ser *iuris tantum* ou *iuris et de iure*.

Nas *presunções iuris tantum* estabelece-se – com base em situações ou fatos considerados significativos – uma verdade que admite prova em contrário, pela parte que tem interesse em afastar a presunção. Por tal motivo, nessa espécie de presunção o juiz não pode se eximir de instruir o feito, quando necessário¹⁰.

Dentro da visão anteriormente defendida, também as presunções *iuris tantum* não proporcionam informações empíricas por meio de elementos de prova, mas apresentam natureza de normas jurídicas que, levando em conta certos valores, impõem se considere verdadeira uma situação que poderia ser até falsa, mas ao mesmo

⁷ Marina Gascón Abellán. *Los hechos en el derecho – bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 141-142.

⁸ Moacyr Amaral Santos, *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, n° 30, p. 39-40, vol. IV; Rui Manuel de Freitas Rangel, *O ônus da prova no processo civil*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 220.

⁹ Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*. 6. ed. Buenos Aires: Zavalía, 1988, n° 394, p. 703, tomo II.

¹⁰ STJ, 4ª Turma, REsp 94.193/SP, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 15.9.1998, DJU de 3.11.1998, p. 140.

tempo permitem que a verdade possa ser evidenciada por prova em contrário.¹¹

Exemplo: presume-se morto alguém desaparecido em campanha e não encontrado até dois anos após o término da guerra, mesmo não provado que esteja ainda vivo (art. 7º, inciso II, do Código Civil). Nessa hipótese, contudo, a decisão do juiz pode ser desmentida pelo aparecimento posterior do falso morto.

5. As presunções *iuris tantum* podem ser de direito ou de fato. Nas *presunções iuris tantum de direito*, presume-se existente uma certa situação jurídica.

Exemplo: o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel, enquanto não se promover, por meio da adequada demanda, a decretação de invalidade do registro e o respectivo cancelamento (Código Civil, art. 1.245).

Na *presunção iuris tantum de fato*, presume-se provada certa situação de fato, em determinado tempo e lugar.

Exemplo: a presunção de pagamento pela entrega do título ao devedor (Código Civil, art. 324).

6. As *presunções iuris et de iure* também são normas jurídicas direcionadas a garantir determinados valores jurídicos e para tanto estabelecem como verdadeiros certos fatos ou situações jurídicas. No entanto, além de dispensar a produção de prova pelo beneficiado (como ocorre igualmente nas *presunções iuris tantum*), não permitem que o prejudicado por ela possa provar o contrário.

Daí decorre que essa espécie de presunção legal não está conectada ao ônus da prova relativamente a um fato passado, mas se destina a exercer influência sobre fatos futuros, a fim de que se conformem o mais possível à presunção estabelecida¹². Esse aspecto ressalta, ainda com mais força, a natureza normativa dessa espécie de presunção legal.

¹¹ Cf. a definição de Marina Gascón Abellán. *Los hechos en el derecho — bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 145, que conclui acertadamente ser dispensável, nessa hipótese, a demonstração probatória, direta ou indireta, da afirmação fática que se pretenda demonstrar, o que à evidência não afasta a produção de prova em contrário à presunção.

¹² Ch. Perelman, *Présomptions et fictions en droit. Essai de synthèse*. In: *Les présomptions et les fictions en droit* (org. Ch. Perelman e P. Foriers). Bruxelles: Bruylant, 1974, p. 341.

Exemplo: a presunção de concepção do filho na constância do casamento havido por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido (CÓDIGO CIVIL VIGENTE, art. 1.597, inciso V).

7. A presunção *iuris et de iure* não deve ser confundida com a *ficção jurídica*. Embora ambas não admitam prova em contrário, a ficção não pretende considerar verdadeiro um fato qualquer, que pode ser até possível, mas dar por verdadeiro um fato que é necessariamente falso. A falsidade é inteiramente assumida e, assim, não é enganosa. De tal sorte, a ficção não supõe mas cria uma realidade, ordenando que algo seja tratado como se fosse coisa completamente diversa.¹³

Exemplos: a) o não comparecimento da parte intimada pessoalmente para depor implica confissão dos fatos contra ela alegados (art. 343, § 1º). Embora a lei, de forma errônea, fale em presunção, trata-se de ficção: o fato da confissão não se pode considerar senão inexistente. Não se verifica qualquer juízo de probabilidade; estamos diante de algo que sabidamente não ocorre, e ao legislador não é dado “presumir” que ocorra. Nem é isso que ele pretende; quer apenas atribuir a um fato *diverso* (o não comparecimento) os *mesmos efeitos* que decorreriam do fato *não verificado* (a confissão). Tudo se situa no pleno domínio da ficção, e não é por acaso que se costuma falar, ao propósito, de *ficta confessio*¹⁴; b) a ficção de que a lei é conhecida de todos (LICC, art. 3º), o que é impossível e, por conseguinte, falso.

8. As *presunções simples*, ou *hominis* (do homem e não da lei), decorrem do raciocínio desenvolvido pelo juiz que, a partir de fatos conhecidos, considera provado um fato desconhecido, não provado.

Ao contrário das presunções legais, as presunções simples não se baseiam em uma regra de lei, mas têm assento nas chamadas re-

¹³ A respeito, Marina Gascón Abellán. *Los hechos en el derecho – bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 148-150, e Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*. 6. ed. Buenos Aires: Zavalía, 1988, n° 400, p. 707-708, tomo II.

¹⁴ José Carlos Barbosa Moreira, *As presunções e a prova*. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, n° 6, p. 65.

gras de experiência (CPC, art. 335), as quais refletindo regularidades empiricamente observadas permitem conectar o fato conhecido com o fato desconhecido¹⁵.

Importante salientar que a presunção simples não constitui, a rigor, meio de prova, porque consiste apenas no processo mental que leva o juiz, a partir da prova do fato x, concluir também pela prova do fato y. Impõe-se, ainda, acrescentar que, por meio de raciocínio dessa ordem, o juiz tampouco estará valorando a prova. A valoração dá-se a respeito do fato conhecido, de que pode exsurgir o nexos com o fato desconhecido¹⁶.

Exemplos: a) a posse de faca pelo acusado, suja de sangue da vítima, faz presumir a autoria do delito; b) a pensão que o investigado dá ao pretense filho faz presumir a paternidade.

Por outro ângulo visual, o raciocínio desenvolvido pelo juiz na presunção simples deve obedecer a determinados requisitos, sem os quais não pode ser considerado válido. Antes de tudo, impõe-se a existência de uma conexão precisa e direta entre o fato conhecido e o desconhecido. Outro aspecto importante é que o indício, isto é, o fato conhecido, deve conduzir necessariamente ao fato desconhecido. De tal sorte, se o fato desconhecido pode ter multiplicidade de causas, ou ser causa de muitos efeitos, o indício perde força e impede o emprego da presunção. Além disso, não se mostra imprescindível que a prova do fato se baseie em mais de um indício, mas é indispensável que esse indício, se for único, exiba valor probatório muito elevado¹⁷.

Observe-se, finalmente, que as presunções simples não são admitidas nos casos em que a lei exclui a prova testemunhal (CÓDIGO CIVIL VIGENTE, art. 230).

¹⁵ Marina Gascón Abellán. *Los hechos en el derecho – bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 151-152.

¹⁶ José Carlos Barbosa Moreira, *As presunções e a prova*. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, n° 2, p. 57.

¹⁷ Cf. Marina Gascón Abellán. *Los hechos en el derecho – bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 152-157. Também de interesse para o tema, embora dizendo respeito a matéria conexa, as interessantes observações de Danilo Knijnik, *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 49-71, sobre a prova judiciária e a formação do convencimento judicial.

REFERÊNCIAS

- Amaral Santos, Moacyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, vol. IV.
- Barbosa Moreira, José Carlos. As presunções e a prova. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- Comoglio, Luigi Paolo. *Le prove civili*. 2.ed. Torino: UTET, 2004.
- Devis Echandía, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. 6. ed. Buenos Aires: Zavalía, 1988, tomo II.
- Freitas Rangel, Rui Manuel de. *O ónus da prova no processo civil*. Coimbra: Almedina, 2000.
- Gascón Abellán, Marina. *Los hechos en el derecho – bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 1999.
- Parra Quijano, Jairo. *Tratado de la prueba judicial – Indicios y presunciones*. 3. ed. Bogotá: Librería del Profesional, 1997, tomo IV.
- Perelman, Ch. *Presomptions et fictions en droit. Essai de synthèse*. In: *Les présomptions et les fictions en droit* (org. Ch. Perelman e P. Foriers). Bruxelles: Bruylant, 1974.
- Pistolese, Gennaró Roberto. *La prova civile per presunzioni e le c. d. massime di esperienza*. Padova: Cedam, 1935.
- Wróblewski, Jerzy. Structure et fonctions des présomptions juridiques. In: *Les présomptions et les fictions en droit* (org. Ch. Perelman e P. Foriers). Bruxelles: Bruylant, 1974.
- Xavier Lagarde, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*. Paris: LGDJ, 1994.

A DEMOCRACIA EFETIVADA ATRAVÉS DO PROCESSO CIVIL

Rennan Faria Thamay¹

***“LUTA. Teu dever é lutar pelo Direito.
Mas no dia em que encontrares o Direito em conflito
com a Justiça, luta pela Justiça” (Eduardo Couture)***

RESUMO: Nossa sociedade, assim como as demais, busca freqüentemente a implantação da efetiva democracia, que foi apregoada na Carta Magna de 1988, sendo uma incessante pretensão dos cidadãos e juristas a obtenção de um resultado democrático.

O que se vê, veridicamente, em nosso país é que obtivemos uma democracia apenas escrita, que está taxada, mas que na prática nunca se fez presente, o que se torna uma grande frustração. Talvez em decorrência do Poder eleito como produtor dessa democracia, o Legislativo, que efetivamente nunca conseguiu esse desiderato.

Para que essa pretensa democracia se instale torna-se necessário que outro Poder seja o fiador dessa aplicação, aqui entra

¹ Advogado e sócio fundador do Krüger Advocacia, consultor jurídico e parecerista. É Especialista em Direito do Consumidor e Fundamentais pela UFRGS (Universidade Federal do Rio Grande do Sul). É Mestre em Direito Público pela UNISINOS (Universidade do Vale do Rio dos Sinos) e pela PUC Minas (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais). É Doutorando em Direito pela UNLP (Universidad Nacional de La Plata) e pela PUC/RS (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul). Professor da graduação e do programa de pós-graduação (lato sensu) da PUC/RS. Professor titular e coordenador da Especialização em direito civil e processo civil no IMED/CETRA/RS. Professor titular da Especialização em direito do trabalho e previdenciário no IMED/CETRA/RS. Foi Professor titular de Direito Civil e Processual Civil do Retorno Jurídico/RS. Foi Professor titular do OABTUBE. Professor titular do CIUSP. Professor titular do Complexo EAD. Membro do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual). Membro Honorário da ABDPC (Academia Brasileira de Direito Processual Civil). Membro efetivo da comissão de acesso à justiça da OAB/RS. Membro efetivo do Grupo de Processos Coletivos da PUC/RS. Membro efetivo do Grupo de instrumentalidade do processo da PUC/RS. Escritor da Revista de Processos Coletivos da PUC/RS, Revista Temas Atuais de Processo Civil e da RDS (Revista de Direito Social) com circulação nacional.

o Judiciário por ser um Poder, até mesmo, menos parcial. Esse Poder poderá conseguir a tão sonhada implantação da democracia, mas para isso dependerá de um meio eficaz, idôneo e participativo, do qual chamamos de Processo. É através do Processo Civil que poderemos efetivar a implementação da democracia através da participação do cidadão através do Processo, que chegará as mãos do Judiciário podendo dar guarida à dita implementação, através do seu critério de retidão e de seriedade, características que são naturais a esse Poder que mereceu, merece e merecerá sempre o respeito de nossos cidadãos e juristas.

Palavras-chave: Democracia, Judiciário e democracia, Processo Civil e democracia.

1 INTRODUÇÃO

Nossa sociedade imediatista caminha a passos largos para um futuro do qual não se sabe onde desaguar, nosso país se desenvolveu muito rápido, em relação a países como os europeus que demoraram muito mais para chegarem ao patamar atual de desenvolvimento, e esse desenvolvimento célere para um país relativamente “jovem” como o nosso pode trazer conseqüências perigosas.

Todo esse crescimento é interessante, principalmente por trazer novas perspectivas para as pessoas que vivem o presente, rememorando o passado de lutas e de vitórias que propiciarão um futuro belo, que promete muitas conquistas e vitórias². Para tudo isso, passaremos pela análise a incessante perseguição à democracia, busca que se dá, para nossa sociedade, já de delongado período.

Assim, será analisada a importância da democracia e como superarmos o estágio atual de “pseudo” democracia que, a bem da verdade, nada tem a ver com a real noção da democracia, sendo qualquer outra “coisa” menos democracia.

² Essa análise a partir de um passado iluminado é relevante para que o futuro seja influenciado por um passado vitorioso e belo, isso é relevante para que a nossa sociedade não ande em um futuro nebuloso, fazendo vívidas as palavras do douto jurista Frances Tocqueville – que foi magistrado em 1827 -, que o passado, quando não mais ilumina o futuro, deixa o espírito andando nas trevas. In: TOCQUEVILLE, Alexis de. *La démocratie em Amérique*, Paris: Garnier: Flammarion, 1951, t. II, cap. VIII, p. 336.

Nessa labuta observaremos que para chegar a uma verdadeira aplicação da democracia será necessária uma nova forma de agir, entregando o dever de fazer democracia ao Poder que esteja mais capacitado para tal desiderato. Este Poder é, sem duvida alguma, o Judiciário, que a partir de suas peculiaridades pode ser um poder imparcial e que através do processo poderá efetivar a participação democrática dos cidadãos.

Veridicamente observar-se-á que o Judiciário só terá condições de cumprir a noção de democracia se utilizar o processo para esse fim, sendo o processo o “meio” adequado às manifestações de todos os cidadãos, superando a velha noção de que democracia se constrói através da votação e que seja esse o momento mais elevado da democracia. Sabe-se que esse momento pode representar certa manifestação democrática, mas não em seu escopo mais poderoso, até porque ocorre esporadicamente e por vezes os votos são negociados o que nada tem a ver com o conceito de democracia que foi introduzido em várias das nações.

Para que seja implantada realmente a democracia, e ela sai do papel para as ruas, faz-se necessário entregar ao Judiciário, através do processo, o poder de tornar a nossa sociedade realmente democrática.

2 A DEMOCRACIA: ASPECTOS RELEVANTES

A sociedade brasileira que muito mudou desde a sua formação, passa hoje por um momento bem distinto dos demais já vividos, um momento em que se busca negociações complexas e massificadas, pretendendo, ademais, solucionar os conflitos e resolver as coisas, passando por uma condição de imediatismo e não mais a celeridade³.

Esse acelerado caminho que nossa sociedade vivencia hoje é natural ao ritmo que seguimos, que é muito acelerado em comparação com ostros países que demoraram muito mais para chegar a um

³ Deve-se tomar o devido cuidado para que as coisas não se acelerem por demais, visto que o direito deve seguir o seu tempo normal, sem uma aceleração exacerbada e desmotivada que prejudicaria e muito a natural preservação de um direito em sua essência máxima. (OST, François. O tempo do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 39.)

estágio como o de nosso país, visto que não mais nos encontramos na modernidade, mas, sim, na pós-modernidade⁴.

Essa ocorrência é natural para um país que cresceu e se desenvolveu muito rápido, superando, em proporção de crescimento pelo tempo de existência, os países da Europa ou outros de outro continente.

A constante busca de celeridade⁵ não é, em sua natureza, ruim, e sim interessante, mas se observada de forma incorreta pode acarretar problemáticas grandiosas e, por vezes, até macular direitos que deveriam ser observados com o devido passar do tempo e transcurso de uma demanda⁶.

⁴ Nesse sentido ver os seguintes autores: JAYME, Erik. Cours général de droit international privé, In recueil des cours, Académie de droit international, t, 251, 1997, p. 36-37; MARQUES, Claudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais, 4. ed. rev., atual. e ampli., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo, RT, 2002, p.155-175. LYOTARD, Jean-François. O pós-moderno, Rio de Janeiro: Olympio Editora, 1986. KUMAR, Krishan. Da sociedade pós-industrial à pós-moderna, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997. HARVEY, David. Condição pós-moderna, São Palo: Edições Loyola, 1992. DELACAMPAGNE, C. História da Filosofia no Século XX, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1995. VATTIMO, Gianni. O Fim da Modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna, Lisboa: Editorial Presença, 1987. FEATHERSTONE. Cultura de consumo e Pós-modernismo, São Paulo: Studio Nobel, SESC, 1995. GIDDENS. "A vida em uma sociedade pós-tradicional", In: BECK, GIDDENS & LASH, 1997. CAMPBELL, C. The Romantic Ethic and the Spirit of Modern Consumerism, Oxford: Blackwell, 1987. SANTOS, Boaventura de Souza. Pela Mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade, São Paulo: Cortez, 1997. BAUMAN, Zygmunt. Modernidade e Ambivalência, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999. ROUANET, S. P. As razões do iluminismo, São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

⁵ Deve-se guardar a Idéia de processo célere, para que possa dentro de um prazo razoável atingir os fins para os quais a ação foi proposta. Rememore-se que segundo o jurista Rui Portanova o princípio da celeridade é derivado do da economia processual. In: PORTANOVA, Rui. Princípios do processo civil, 6^o ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 171 e ss.

⁶ O emprego da celeridade deve se dar com a devida moderação, visando não prejudicar o direito efetivamente constituído e pelo qual se instala o litígio judicial, pois nem sempre a decisão rápida terá o condão de ser adequada ou ainda correta. Assim, a celeridade, por mais importante que seja, tem limites que devem ser observados. In: SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma revolução democrática da justiça, 2^o ed., São Paulo: Cortez, 2008, p. 27.

Assim, a sociedade de nosso país chegou a um ponto que parece irreversível, até porque muitas das mudanças que vieram com a celeridade são positivas, mas outras das alterações são prejudiciais ao extremo como se perceberá quando da análise da *questio*.

Com o Processo Civil brasileiro as mudanças foram muitas e muito intensas, causando, por vezes, satisfação para alguns dos processualistas que utilizam as regras processuais diariamente, não sendo satisfatórias, tais mudanças, para outros, tudo passa a depender do olhar que se terá frente às alterações⁷.

Nesse sentido assim como a sociedade brasileira mudou muito rápido, até o próprio Direito Processual Civil mudou, de forma acelerada e muito precoce, adotando outros critérios e linhas de atuação, visando, desde então, a eficiência e a celeridade na solução da lide⁸.

Essas mudanças aplicadas ao direito – especificamente ao Processo Civil – são derivadas das mudanças que a própria sociedade acaba por passar, sendo essas cada vez mais naturais em decorrência do crescimento que o ser humano experimenta da cada dia, o que é uma natural ocorrência.

Com todas essas mudanças que hoje observamos outra tantas se fazem necessárias para que o Processo Civil, como ciência para alguns como Ovídio A. Baptista da Silva⁹, venha a ser um sistema¹⁰ melhor e adaptado as novas realidades e direitos¹¹.

⁷ Desde 1973 o Código de Processo Civil mudou muito, passando a observar as questões da lide a partir de uma visão mais célere e voltada ao respeito das garantias constitucionais do processo, o que é efetivamente muito interessante e positivo. In: DELGADO, José Augusto. As garantias do cidadão na justiça, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1993, p.65 e ss.

⁸ Neste sentido *vide*: BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil: vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 79-80.

⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Participação e processo coord. Ada Pellegrini Grinover, São Paulo: RT, 1988, p. 101.

¹⁰ Quando se fala de sistema se está sempre a rememorar as idéias apregoadas por Niklas Luhmann, quando defende a idéia de uma teoria sistêmica do direito, chegando a uma conclusão de que o sistema jurídico se auto-reproduz, sendo isso a autopoiese. Esse processo que se renova sendo capaz de auto-reprodução foi abordado pelo autor LUHMANN, Niklas. Sitemi sociali: Fondamenti di una teoria generale, Bolonha: Il Mulino, 1990, p. 64.

¹¹ Deve-se buscar desde logo a efetividade dos direitos, levando-os a sério, concretizando-os e fazendo com que a sociedade possa se tranqüilizar no sentido de

Um exemplo das mudanças é a própria existência do art. 285-A do Código de Processo Civil¹², que instaurou a possibilidade de o magistrado emanar liminarmente a sentença¹³, independentemente de citação da parte adversa, desde que já tenha se manifestado em caso análogo julgando esse improcedente, sendo, por critérios de celeridade, aplicada a mesma sentença de total improcedência para as futuras demandas que venham a serem propostas.

É em meio a todas essas mudanças que nos encontramos, vivendo uma suposta democracia¹⁴ que, efetivamente, não existe, visto que não passa de uma democracia¹⁵ plantada em mera folha de papel, ou seja, legalmente falando, pois a nossa Carta Magna

que seus direitos estão sendo bem cuidados e prestigiados. Nesse sentido de levar os direitos a sério deve ser observado DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério, trad. Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 283 e ss. Também vejamos SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma revolução democrática da justiça, 2^o ed., São Paulo: Cortez, 2008, p. 30.

¹² Esse dispositivo foi inserido no sistema processual atual pela Lei 11.277 de 07/02/2006, que entrou em vigor 90 dias após a publicação que se deu em 08/02/2006.

¹³ Sobre aquilo que hoje surge como “jurisprudencialismo” dotando à jurisprudência maior relevância do que a própria norma, ver PICORDI, Nicola. La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione, revista trimestral de Diritto Procedura Civile, Giuffrè, 2004.

¹⁴ Um livro muito interessante sobre a democracia foi escrito pela professora da UFSC Maria Lúcia Duriguetto, in: DURIGUETTO, Maria Lúcia. *Sociedade civil e democracia – Um debate necessário*. São Paulo: Cortez, 2007.

¹⁵ Sobre a idéia de democracia devemos observar artigo construído pelo saudoso jurista Ovídio A. Baptista da Silva in: SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Democracia e sociedade de massa – www.Baptistadasilva.com.br/artigos*. *verbis*: “Mesmos os liberais que ainda acreditam que seja possível alcançar o mundo melhor sonhado pelas idéias da modernidade, não escondem que, apesar da retórica, dirigimo-nos, cada vez menos na direção do povo. Giovanni Sartori nô-lo confirma, ao escrever: “Hoje em dia, não obstante a retórica em contrário, nos movemos na direção de cada vez menos poder do povo. A causa óbvia disto é que um máximo de poder popular só é possível em sociedades simples nas quais as funções de direção sejam relativamente elementares. A maior complexidade, interconexão e a magnitude gigantesca dos mecanismos da vida social e econômica determinam que a opinião dos especialistas adquira um peso específico superior a seu voto como eleitor” .

refere que nosso país é um Estado Democrático de Direito¹⁶, que de democracia pouco realmente existe.

Não estamos contra a idéia de um Estado Democrático, até porque esse Estado, se realmente implantado, tornar-se-ia muito benéfico para todos os membros de nossa sociedade, o que claramente não se dá em nossos dias, sendo, essa ocorrência, mais uma demonstração de que a democracia apregoada está somente posta na letra da Lei¹⁷, que se não aplicada e realizada no mundo fenomênico não passará de ilusão e mero sonho.

A democracia¹⁸ deveria sim ser implantada, pois faria com que os cidadãos pudessem participar mais, fazendo com que o país seguisse, realmente, a linha que o povo definisse, já que todo o poder

¹⁶ Essa referência se dá tanto no preâmbulo da Constituição Federal como também no artigo 1º. Assim vejamos o preâmbulo, *vide*: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” Também vejamos o art. 1º: “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:”

¹⁷ Ovídio aduz que como dizia Pontes nós brasileiros, especializamo-nos em produzir leis cada vez mais numerosas, sem a mínima intenção de cumpri-las. O douto processualista ainda continua referindo que seria ideal se os juristas pretendessem novos espaços de participação democrática, deixando de se limitarem a buscar novos códigos, ou que se aditassem mais leis, particularmente o processo civil (SILVA, Ovídio A. Baptista da. Participação e processo coord. Ada Pellegrini Grinover, São Paulo: RT, 1988, p. 110-111.)

¹⁸ Norberto Bobbio relembra as menções feitas por Karl Poppes no sentido de que o regime democrático é o único que permite aos cidadãos se livrarem de seus governantes por formas pacíficas e sem derramamento de sangue. Tudo isso demonstra o grau de participatividade e força que a democracia devidamente implantada poderia ter. (BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo, 2º ed., da trad. bras., p.39.)

emana do povo que é representado por seus eleitos, os políticos¹⁹, não se tratando de questão meramente política²⁰.

Nisso vemos enormes problemas, pois aquilo que deveria ser, através dos políticos²¹, a manifestação do povo, “ a voz do povo”, efetivamente, não é, acabando por ser a reprodução da vontade interna de cada um dos parlamentares, que utilizam os poderes que lhes foram atribuídos pelo povo, para agirem em seu favor, utilizando para benefício próprio, o que nos põe nessa situação problemática em que nossa sociedade se encontra²².

¹⁹ Essa noção de que todo o poder emana do povo é abstraída do art. 1º § único da Constituição Federal de 1988. Esse ideal que deveria ser posto seria capaz de fazer com que os eleitos representassem, veridicamente, os cidadãos, algo que não se dá por lógico sendo essa uma das “promessas falhas” da democracia, assim como referia o douto jurista Ovídio A. Baptista da Silva. “(...) A segunda promessa não cumprida foi a de que o mandato popular conferido aos representantes políticos não seria vinculado, mas essencialmente político, quer dizer livre, no sentido de que o eleito, a partir de sua investidura, deixaria de representar o eleitor para transformar-se no legítimo representante dos “interesses gerais” da nação.” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. Participação e processo coord. Ada Pellegrini Grinover, São Paulo: RT, 1988, p. 106.)

²⁰ Para Dinamarco a política é “(...) o fenômeno da sociedade enquanto detentora do poder, ou seja, o fenômeno Estado (que, na realidade, não deixa de ser também social, tanto quanto o é o jurídico também, precisamente porque o Estado é sempre uma sociedade e o direito refere-se sempre à vida em sociedade). O intenso comprometimento da ordem processual com a política (a justiça faz parte desta), ou seja, a sua inserção entre as instituições atinentes à vida do próprio Estado como tal e nas suas relações com os membros da população, conduz à necessidade de definir os modos pelos quais ela é predisposta a influir politicamente. (DINAMARCO, Cândido Rangel. Participação e processo coord. Ada Pellegrini Grinover, São Paulo: RT, 1988, p. 122.)

²¹ “Mesmo em uma democracia, os ocupantes de cargos no Estado – políticos eleitos ou burocratas nomeados – não são agentes perfeitos do público em nome do qual assumem responsabilidades: eles não agem de acordo com o melhor interesse dos cidadãos. (PRZEWORSKY, Adam. Estado e Economia no Capitalismo. Trad. Argelina C. Figueiredo, Pedro Paulo Z. Bastos. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1995, p. 77).

²² Ovídio critica essa postura que é frequentemente adotada pelos representantes do povo, argüindo que “(...) a transformação dos Estados democráticos modernos em sistemas cada vez mais dominados por grupos de pressão que se tornaram presentes na vida política a fim de fazerem prevalecer seus interesses de grupo, a ponto de reduzir o Estado à função de simples intermediário, ou instrumento de conciliação de interesses contrapostos, agrava e exacerba a crise de legitimidade em que se encontra a democracia representativa, especialmente em nosso país.” (Idem., p. 107.)

Em meio a toda essa problemática, poucas são as possibilidades que, veridicamente, o povo detém para exercer a democracia, participando de algo, diga-se como exemplo os plebiscitos²³ ou ainda os referendos²⁴ que chamam o povo para que deliberem sobre determinadas questões que sejam de interesse nacional e dos próprios cidadãos.

Aparentemente a participação popular se encerra, *a priori*, com as eleições²⁵ onde após a escolha dos representantes os ci-

²³ Sobre esse conceito vale observar as lições do Constitucionalista José Afonso da Silva aduzindo que plebiscito é também uma consulta popular, semelhante ao referendo; difere deste no fato de que visa a decidir previamente uma questão política ou institucional, através de sua formulação legislativa, ao passo que o referendo versa sobre a aprovação de textos de projeto de lei ou de emenda constitucional, já aprovados; o referendo ratifica (confirma) ou rejeita o projeto aprovado; o plebiscito autoriza a formulação da medida requerida(...) (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 15º ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 146). Canotilho ainda refere que o plebiscito se dá como a pronuncia popular sobre escolhas ou decisões políticas – i.e., confiança num chefe político ou opção por uma ou outra forma de governo (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7º, ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 296).

²⁴ Nas Palavras do Constitucionalista brasileiro José Afonso da Silva o *referendo popular* que se caracteriza no fato de que projetos de lei aprovados pelo legislativo devam ser submetidos à vontade popular, atendidas certas exigências, tais como pedido de certo número de eleitores, de certo número de parlamentares ou do próprio chefe do executivo, de sorte que o projeto se terá por aprovado apenas se receber votação favorável do corpo eleitoral, do contrário, reputar-se-á rejeitado (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 15º ed., rev., e atual., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 143). Por sua vez Canotilho define referendo como a consulta feita aos eleitores sobre uma questão ou texto através de um procedimento formal regulado em lei (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7º, ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 295.)

²⁵ Observando o critério das eleições não como efetiva participação popular mais como forma singela de eleger os representantes da população, que verdadeiramente não reproduz democracia temos as observações de PRZEWORSKY, Adam. Estado e Economia no Capitalismo, trad. Argelina C. Figueiredo, Pedro Paulo Z. Bastos. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1995, p. 24: “Riker [1982] argumentou que os teoremas da impossibilidade invalidaram a interpretação das eleições como uma expressão da vontade popular, sugerindo que deveríamos pensar as eleições como uma oportunidade negativa de eliminar dirigentes indesejáveis. Uma vez que as eleições não são um mecanismo significativo para a expressão da vontade popular, não podem ser vistas como outorgando aos governos um mandato para perseguir quaisquer políticas particulares”.

dadões acabam esquecidos, até que venha, por mais uma vez, as próximas eleições, onde novamente o cidadão é importante para a “democracia”²⁶ pois vota e ali põe toda a sua força participativa.

Realmente a democracia²⁷, que tanto se busca, por vezes através do Legislativo é complexa de ser realmente implantada e praticada, talvez pela forma em que a participação popular se dá, somente em momentos de eleições.

No poder Executivo a situação é similar, guardando suas peculiaridades, mas que em nada de novo se apresenta.

Outra vida de busca da aplicação real da democracia²⁸ seria através do Poder Judiciário – utilizando-se do processo –, onde, tanto *a priori* quanto *a posteriori*, há maior participação dos cidadãos, que se utilizam do processo para chegar a participar da construção

²⁶ Deveria a Democracia buscar a efetivação da vontade geral dos cidadãos, que poderia ser garantida através da manifestação dos elegidos que seriam os representantes da nação. Assim refere o jurista Ovídio A. Baptista da Silva que “ (...)a partir dessa incapacidade demonstrada pelos regimes democráticos para a formação da sonhada “vontade geral” e da persistência das oligarquias e de seus interesses, que a prática política tornaram transparentes e inocultáveis, é que a crise de legitimidade do sistema representativo mais se exacerba e torna-se visível. (SILVA, Ovídio A. Baptista da. Participação e processo coord. Ada Pellegrini Grinover, São Paulo: RT, 1988, p. 108.)

²⁷ Na noção de democracia podemos encontrar segundo Canotilho a forma direta e semi-direta, *vide*: “O exercício do poder directamente pelo povo – *democracia directa* – pressupõe uma estrutura territorial e social praticamente inexistente na época actual. O arquétipo dos *Town Meetings* americanos ou dos *Landsgemeine* suíços desapareceu quase por completo nas democracias constitucionais complexas (cfr. entre nós, art. 245º/2 da CRP, que prevê o ‘plenário de cidadãos eleitores’). Não desapareceram, porém, os mecanismos político-constitucionais de *democracia semi-directa*, progressivamente presentes nas constituições modernas de vários Estados (Suíça, Dinamarca, Irlanda, França, Áustria, Alemanha, Itália, Suécia).” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7º ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 294-295.)

²⁸ Ovídio refere que “Fica porém evidente que o pressuposto básico para o estabelecimento de uma democracia consistente e durável deve ser buscado não apenas na formação juridicamente perfeita do dispositivo estatal mas, fundamentalmente, no estabelecimento de condições sócio-culturais que possibilitem o surgimento de verdadeiros e autênticos cidadãos.” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. Participação e processo coord. Ada Pellegrini Grinover, São Paulo: RT, 1988, p. 108).

- PARTICIPAÇÃO – pela própria manifestação(voto/referendo) de cada indivíduo ou através de suas associações.

do dito Estado Democrático de Direito que é buscado e deveria ser veridicamente implantado.

O Poder Judiciário possui problemáticas internas naturais assim como os outros Poderes, mas, é totalmente diferente dos demais em relação à participação popular, pois aqui o cidadão que reclama do Judiciário uma solução receberá uma resposta a seu clamor – seja através de decisões interlocutórias²⁹ ou ainda através de sentenças³⁰ – e poderá contribuir, agindo nos autos do processo através de seu patrono, para a solvência da problemática que se impunha sobre determinada questão³¹.

É disso que se está a falar, de participação efetiva e real, e não de uma mera participação esporádica que se dá somente de quatro em quatro anos por consequência das eleições que são efetivadas em cada um de seus níveis.

Assim, se deve pensar, hodiernamente, em um processo civil que propicie a participação dos cidadãos³², seja via ação individual ou ainda por ações coletivas, onde a participatividade será ainda maior, pois envolverá diversas pessoas que se manifestarão e serão ouvidas pelo Judiciário, seja via petições, recursos e manifestações através de seus procurados, ou ainda, como testemunhas ou infor-

²⁹ Sobre decisões interlocutórias *vide* MARINONI, Luiz Guilherme [et. all.]. Código de direito processual civil comentado, São Paulo: RT, 2008, p. 195 e ss. Também se localize as ponderações pontuadas de NERY JÚNIOR, Nelson [et. all.]. Código de processo civil comentado e legislação extravagante, 10^o ed. rev., ampli. e atual., São Paulo: RT, 2007, p. 431.

³⁰ Sobre a noção de sentença ver MARINONI, Luiz Guilherme [et. all.]. Código de direito processual civil comentado, São Paulo: RT, 2008, p. 420 e ss. Ainda observe-se NERY JÚNIOR, Nelson [et. all.]. Código de processo civil comentado e legislação extravagante, 10^o ed. rev., ampli. e atual., São Paulo: RT, 2007, p. 665.

³¹ No sentido de observar o bem julgar propiciador da construção da democracia *vide* GARAPON, Antonie. Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário, Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p.327.

³² Neste sentido, deve-se observar obra interessantíssima do eminente jurista Sálvio de Figueiredo Teixeira, onde o autor preleciona um aprimoramento do processo civil como garantia da cidadania, sendo essa noção uma realidade importantíssima, sendo, claramente, esse o motivo de busca de aperfeiçoamento do direito processual civil, não reduzindo sua relevância a uma mera técnica, mas sim o elevando ao patamar de garantidor de direitos e de modo de participação efetiva. *Vide*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. As garantias do cidadão na justiça, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1993, p.79 e ss.

mantas. Aqui se pode observar participação, algo que é intrínseco da democracia, embora saibamos que ela pode ser participativa ou representativa³³.

Essa é a nova realidade que se apresenta em relação a democracia, onde o judiciário³⁴, através do processo, realizará a participação efetiva da população frente as problemáticas individuais e sociais que venham a se por.

A antiga idéia de que democracia só poderia ser obtida através do Poder Legislativo, por outros através do Executivo, o que reduziria o exercício da democracia a uma mera participação eventual onde os cidadãos escolheriam seus representantes e, após tudo isso, nada fariam, aguardando que os representantes efetivassem todos os anseios da comunidade local, municipal, estadual e até nacional.

Esse modelo deve ser observado com outros olhos, o olhar da inefetividade que reduziu a democracia a uma mera previsão formal da Carta Política de 1988, mas que foi constituída para ser não só formalmente existente mais também materialmente, aplicando no mundo real essa noção democrática que seria, sem duvida, o ideal para, se não salvar a nação, pelo menos melhorar a situação atual de nosso país.

Para escaparmos dessa realidade necessitamos pensar em democracia ligada a um Poder que tenha uma maior possibilidade de promoção da participação efetiva e real dos cidadãos, respondendo a esses todos os reclames que forem efetivados. Pelo que se percebe

³³ Para observar com mais vagar a noção de democracia representativa ver: AMARAL, Roberto. A democracia representativa está morta; viva a democracia participativa. In/; Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 19.

³⁴ Sobre a noção de que o Poder Judiciário é o novo “fiador” da democracia *vide*: Ovídio A. Baptista da Silva in: SILVA, Ovídio A. Baptista da. Democracia e sociedade de massa - www.Baptistadasilva.com.br/artigos. *verbis*: “Esta é a questão que nos obriga a pensar numa profunda descentralização do poder, capaz de aproximar-nos do povo, permitindo o exercício autêntico de um regime democrático, de que o Poder Judiciário terá de ser o fiador. A jurisdição, num regime verdadeiramente democrático, ao contrário do nosso, deve ser o agente “pulverizador” do Poder, o órgão produtor de micro-poderes, que possam contrabalançar o sentido centralizador que os outros dois ramos zelosamente preservam, para conservarem-se distantes do povo.”

não há outro Poder que possa propiciar isso, com seriedade e qualidade, do que o Poder Judiciário.

Esse Poder tem problemas, assim como todos os outros, mas dentro de suas condições propicia claramente muito mais acesso e participação do cidadão do que qualquer outro Poder³⁵.

Por isso, apregoa-se com esse trabalho a busca de aplicação efetiva de democracia ao Poder Judiciário, fazendo isso através do processo, que é, para dualistas, meio de resolução dos litígios que pode gerar a democracia que se busca a tanto tempo³⁶.

Com toda essa possibilidade de participação popular através do processo poderá ser possível, realmente, escutar aquilo que os membros de nossa sociedade têm a dizer, abstraindo as suas dificuldades e celeumas, visando sempre a solução eficaz que, sendo colocada em prática, pode gerar, em decorrência do alto nível de participatividade, maior justiça³⁷.

³⁵ Essa participação se dá através da plenitude de defesa que o processo civil propicia as partes, onde os cidadãos que participam da lide poderão utilizar de todas as formas legalmente previstas para comprovarem o seu direito ou ainda se defender de uma determinada demanda. Nesse sentido averiguar belíssima construção esposada pelo Jurista Ovídio A. Baptista da Silva *in*: SILVA, Ovídio A. Baptista da. *As garantias do cidadão na justiça*, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1993, p.149 e ss.

³⁶ Para aqueles que têm uma compreensão dualista do processo vejam SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil: adaptadas ao novo código de processo civil*, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 11. "Processo é uma operação por meio da qual se obtém a composição da lide. Conquanto exara, a noção assim formulada não exprime com a necessária clareza um conceito compreensivo de todos os elementos característicos da coisa definida." *Vide também* MARINONI, Luiz Guilherme [et. all.]. *Código de direito processual civil comentado*, São Paulo: RT, 2008, p. 279 e ss; NERY JÚNIOR, Nelson [et. all.]. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, 10^o ed. rev., ampli. e atual., São Paulo: RT, 2007, p. 165.

³⁷ Sabemos que o critério de justiça é algo relativo, sendo por vezes inatingível, o que dificulta muito essa busca por aquilo que se entende ser justo, pois o justo pode ser visto conforme o seu ângulo, já que ara uma parte o justo será a procedência de seus pedidos, através da ação judicial, e para a parte adversa o justo será a improcedência dos pedidos. Eis a questão que é complexa por sua natureza. No dizer de Nelson Nery Júnior é uma utopia, *in* : NERY JÚNIOR, Nelson [et. all.]. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, 10^o ed. rev., ampli. e atual., São Paulo: RT, 2007, p. 687. Ainda podemos perceber que justiça é algo que se busca mas que é complexo de ser atingido, até pelo fato de que existem partes e versões distintas das questões vivenciadas, assim o que se poria esperar

Assim, essa nova realidade de análise deve ser bem observada pelos juristas e demais interessados, para que possamos agir indo ao encontro da democracia e não simplesmente pretendê-la sem, realmente, realizá-la.

3 O PROCESSO CIVIL PARTICIPATIVO

O processo civil por sua natureza é participativo³⁸, pois envolve diferentes noções e realidades sobre uma mesma coisa ou bem. Neste ponto nasce a lide³⁹, que nada mais é do que uma pretensão resistida, onde nasce o “conflito” ou litígio.

Em verdade a parte autora busca a proteção de uma determinada situação que juridicamente lhe é possível em desfavor de outro sujeito, que é o réu, que vem a resistir à pretensão que detém o demandante, sendo esse conflito de posições jurídicas levadas ao

seri pelo menos uma decisão de qualidade para que possamos nos aproximar dessa noção de justiça assim como dia Chaim Perelman, *Ética e direito*, São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 377). Por fim vejamos o que relata Andrea Proto Pisani refere que “os institutos de direito material estão destinados, diria que naturalmente, a mudar de acordo com o surgimento e a diferente avaliação dos interesses em conflito em relação à fruição dos bens materiais e imateriais. Diferentemente dos institutos de direito material, os institutos processuais que visam garantir a tutela jurisdicional dos direitos nascem, por assim dizer, não apenas com o selo terreno, mas com aquele da eternidade, que lhes é apostado por seu próprio destino de garantir a realização da justiça” (Andrea Proto Pisani, *Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro*, n. 16, 2001, p. 23).

³⁸ Já dizia Calmon de Passos que o processo era um instrumento político de participação, assim *verbis*: Acredito estejamos caminhando para o processo como instrumento político de participação. A democratização do Estado alcançou o processo à condição de garantia constitucional; a democratização da sociedade fá-lo-á instrumento de atuação política. Não se cuida de retirar do processo sua feição de garantia constitucional, sim fazê-lo ultrapassar os limites da tutela dos direitos individuais, como hoje conceituado. (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Participação e processo coord.* Ada Pellegrini Grinover, São Paulo: RT, 1988, p. 95.)

³⁹ Assim vale utilizar a conceituação esposada pelo nobre jurista Moacyr Amaral Santos: “Lide, portanto, é o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro. Ou, mais sinteticamente, lide é o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil: adaptadas ao novo código de processo civil*, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 09.)

Judiciário, que na pessoa do juiz, que é membro de juízo, definirá em primeiro grau o que seja coerente em termos de direito⁴⁰.

No meio de tudo isso ocorrerá diversas manifestações, a começar pela petição inicial⁴¹ da parte autora da demandante, que poderá ser respondida conforme as formas de respostas que são elencadas pela norma processual civil vigente. Também haverá possibilidade recursal para ambas as partes o que mais uma vez demonstra o alto grau de participatividade que é dotado o processo⁴².

Além de toda essa realidade o processo civil brasileiro ainda é colaborativo⁴³, onde as partes não somente devem se relacionar no processo, como também dialogar e colaborar para que a solução mais equânime seja adotada. Nessa colaboração processual devem participar todos os agentes que fazem parte ou que se envolvem com a demanda, desde autor, réu, juiz e até os membros do juízo – como o próprio escrivão e demais cartorários –.

Quando se fala em colaboração no processo muitos podem pensar em utopia, mas o que nos parece é que essa noção de colaboração no processo civil é real e deve ser observada com olhos

⁴⁰ Muito se discute sobre a autonomia do direito, assim nas palavras do douto jurista português A. Castanheira Neves é, em verdade, uma capacidade de existência do direito independentemente de qualquer outra coisa ou ciência, como se fosse o direito auto-subsistente. (NEVES, Antônio Castanheira. O direito hoje em com que sentido? Lisboa: Editora Piaget, 2002, p. 21).

⁴¹ A petição inicial é o pedido inicial que é efetivado através de uma peça vestibular que obedecerá os requisitos do art. 282 e 283 do Código de Processo Civil. Neste sentido NERY JÚNIOR, Nelson [et. all.]. Código de processo civil comentado e legislação extravagante, 10^o ed. rev., ampli. e atual., São Paulo: RT, 2007, p. 549 e ss.

⁴² Nesse sentido vem Calmon de Passo *in*: PASSOS, José Joaquim Calmon de. Participação e processo coord. Ada Pellegrini Grinover, São Paulo: RT, 1988, p. 84. “Nesses termos não constitui despropósito associar-se processo a democracia, porquanto, com esse relacionamento, pretende-se, justamente, denunciar a necessária dimensão política do processo jurisdicional e tornar manifesto os vínculos que prendem ao processo econômico.”

⁴³ Nesse sentido devemos observar a recente obra que trata da questão da colaboração no processo civil, que foi encabeçada pelo processualista Daniel Mitidiero, sendo uma nova perspectiva que observa do dever de cooperação – que foi tempos atrás estudado em Portugal - de todos os sujeitos envolvidos no litígio. (MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos, São Paulo: RT, 2009, p. 63 e ss.

positivos, pois pode trazer não só uma melhor solução da lide, mas, também, uma rápida resolução das problemáticas que foram postas às mãos do Judiciário⁴⁴.

É frente a tudo isso que o processo se coloca como meio de realização da democracia, por proporcionar, claramente, a participação e livre manifestação das partes, desde que respeitem os limites impostos pelo próprio *codex* processual.

Mais uma vez se faz a ligação entre a idéia de democracia e o Processo Civil e conseqüentemente ao Poder Judiciário, que através de suas decisões, que serão motivadas, poderá efetivar justiça⁴⁵ e realizar a função social de vários institutos de direito material que foram construídos visando a melhor condição de vida dos cidadãos.

Natural é pensar em democracia através de um meio como o Processo, onde haverá oitiva das partes – através de depoimento pessoal⁴⁶ –, das testemunhas – na oitiva das testemunhas⁴⁷ – e até oitiva dos próprios patronos – que se dará através dos debates orais⁴⁸ ou até da sustentação oral no Tribunal –.

Realizar a democracia efetiva, e não “democracia do papel”, não é algo fácil de ser alcançado, mas extremamente possível, visto que com todas as qualidades que o processo oferta pode ser garantida a participação e representação popular.

⁴⁴ Levemos como exemplo a idéia da Justiça Restaurativa, que hodiernamente é estudada e é interessante pois parte da idéia de composição da lide, de solução da lide sem o transcurso natural da lide, que é, por sinal, muito delongado. Sobre justiça restaurativa deve ser miradas as lições que o eminente jurista SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma revolução democrática da justiça, 2º ed., São Paulo: Cortez, 2008, p. 58.

⁴⁵ Deve-se buscar a justiça, que é sim o fundamento e a esperança de todos que demanda, não buscando, entretanto, a justiça estática, que não será capaz de chegar ao ponto que a justiça efetiva poderia chegar. Assim vejamos Agnes Heller – quando fala da “*justiça estática*” – *justiça do tirando, justiça da verdade do senhor*. (Agnes Heller, Más Allá de la justicia, Barcelona: editora crítica, 1990, p. 311 e ss.)

⁴⁶ Sobre o depoimento pessoal observar MARINONI, Luiz Guilherme [et. all.]. Código de direito processual civil comentado, São Paulo: RT, 2008, p. 347 e ss.

⁴⁷ Idem., p. 388; NERY JÚNIOR, Nelson [et. all.]. Código de processo civil comentado e legislação extravagante, 10º ed. rev., ampli. e atual., São Paulo: RT, 2007, p. 639 e ss.

⁴⁸ Nesse sentido vale apenas observar as ponderações de MARINONI, Luiz Guilherme [et. all.]. Código de direito processual civil comentado, São Paulo: RT, 2008, p. 419.

Muitas outras questões problemáticas ligadas à temática surgiram, e algumas delas afetaram inclusive o Judiciário, que acaba sendo obrigado a agir além de sua competência para que se garanta, pelo menos, o mínimo de justiça.

Estamos a falar, desta feita, de algo que se intitulou de ativismo judicial⁴⁹, onde o Poder Judiciário⁵⁰ é obrigado a agir, legislando de forma indireta, em decorrência da verdadeira inação do Legislativo, que é o responsável pela elaboração de normas que venham a positivar condutas e preservar direitos, que não praticou os atos legislativos necessários para respaldarem direitos que simplesmente estariam protegidos caso o esse Poder cumprisse a sua função social.

Assim, o Judiciário mais uma vez acaba por agir, resolvendo no caso onde haja dúvida, em decorrência na inação do Legislativo, a problemática, sendo isso decorrente da idéia de que nenhuma lesão ou ameaça ao direito será procedida sem a devida análise e apreciação por parte do Poder Judiciário⁵¹, decisões que serão

⁴⁹ Essa ocorrência da qual o Legislativo é o responsável por não legislar sobre as matérias quando o deveria ter feito, faz com que tudo isso venha a desembocar no Judiciário fazendo nascer o ativismo judicial, que para muitos é ausente de embasamento, mas que para outros é plenamente possível. Tudo isso nos faz chegara a idéia de judicialização da política, nesse condão SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma revolução democrática da justiça, 2º ed., São Paulo: Cortez, 2008, p. 23; Também observas as colocações de ROCHA, Alvaro Felipe Oxley da. Sociologia do direito: A magistratura no espelho, São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2002, p. 23 e ss.

⁵⁰ ROCCO, antigo professor da Universidade de Napoli, ao tratar da função jurisdicional in ROCCO, Ugo. Trattato di diritto processuale civile V. I, 2º ed., Torino: Topografia Sociale Torinese, 1966, p.46-48; Também mirar as ponderações de LOPES, José Reinaldo de Lima, in: FARIA, José Eduardo(coord.) [et. all]. Direito e justiça: A função social do judiciário, São Paulo: Ática, 1989, p. 123 e ss.

⁵¹ Realizando-se a chamada efetividade do processo, que está prevista no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, assim como refere Cassio Scarpinella Bueno in: BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil: vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 146-147.

fundamentadas⁵², gerando com isso uma segurança e desde logo a participação do cidadão envolvido na questão.

Frente a tudo isso se torna complexo falar de democracia em relação a um Poder que se quer cumpre o seu papel que é legislar, quanto mais realizar a democracia que garantiria a participação popular que é tão aguardada por todos.

Destarte, não se está aqui a santificar o Judiciário, mas, sim, buscar ao máximo proporcionar a ocorrência da democracia que é uma busca constante de grande parte dos juristas, sabendo que muitas coisas poderiam mudar para melhor.

É nesse meio, o do processo, é que encontramos um alto grau de participatividade, onde as partes podem participar de forma ativa ou até mesmo passiva, contribuindo para a elaboração do desfecho judicial da questão, que gerará, sem dúvida, conseqüências práticas relevantes no mundo dos fatos, onde o reflexo da democracia realmente influi muito, garantindo direitos que cada cidadão detenha e

⁵² O princípio da fundamentação é extremamente relevante e necessário para a composição adequada do processo, nesse sentido *vide* como bem assevera o art. 93, IX da Carta Política, verbis: “ IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”. Ademais, a fundamentação que é requisito juridicamente necessário para que uma decisão seja apta a gerar seus efeitos naturais, deve contar com uma fundamentação eficaz ao ponto de convencer aos sujeitos que recebe a motivação emanada pelo Judiciário, fugindo-se de falsas fundamentações que são altamente reprovadas, assim como já referia o douto jurista Ovídio A. Baptista da Silva, verbis: “As falsas fundamentações que, hoje, são empregadas pelo Poder judiciário, são responsáveis por arbitrariedades que muito prejudicam o desenvolvimento nacional”. (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 141). Essas sentenças que estão com “roupagem formosa”, em relação à esperada fundamentação, não passam de mero pronunciamento judicial sem a devida análise por parte do julgador, o que gera em diversas hipóteses “sentenças arbitrárias”.(neste sentido Genaro R. Carrió e Alejandro D Carrió, *El recurso extraordinario por sentencia arbitria*, Buenos Aires, Abeledo-perrot, 1983).

que faça valer através do processo e do Poder Judiciário, fazendo-se praticada a dignidade humana⁵³.

Frente a toda essa realidade, não há como pensar em democracia efetiva distante do processo e do Judiciário, por ser perceptível a notada possibilidade de participação popular que é proporcionada pelo processo e por todos os seus recursos e meios existentes, se não obtendo a democracia, pelo menos se aproximando dela.

4 PARA UMA REVOLUÇÃO DEMOCRÁTICA DA JUSTIÇA

Frente ao sistema que adotamos em nosso país que, em tese, prioriza pela obtenção da justiça, que sabemos ser algo difícil, torna-se necessário começar a pensar em uma forma de alcançar a tão esperada democracia, alterando a realidade de nossa sociedade.

Em nosso país erroneamente vigora, atualmente, a noção de que Lei é direito⁵⁴ – o que se tornou um dogma⁵⁵ –, algo que ve-

⁵³ Ingo Wolfgang Sarlet, conceitua dignidade da pessoa humana como sendo uma “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos ”(SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 60). Ainda, No dizer de Luis Prieto Sanchis a dignidade da pessoa humana “dista de ser una respetable reliquia de la arqueologia cultural”(9), compreende um modo de entender-se os direitos fundamentais. (SANCHIS, Luis Prieto - Estudios sobre Derechos Fundamentales, p. 26). Devemos ter a liberdade de consultar o douto jurista português Canotilho *in*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudo sobre direitos fundamentais, 1º ed., São Paulo: RT, 2008, p. 247. Por fim, vide: ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais, tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p.111.

⁵⁴ Kelsen, quando em sua obra Teoria pura do direito constrói a idéia de que lei é direito e que por essa razão deveríamos estar submissos a lei, *vide*: KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, 4º Ed., São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 33 e ss.

⁵⁵ Muito interessante observar a argüição feita pelo filósofo alemão Arthur Schopenhauer, que critica o apego ao dogma, *in*: SCHOPENHAUER, Arthur. Como vencer um debate sem precisar ter razão: em 38 estratégias, trad. Daniela Caldas

ridicamente não o é, por ser clara e óbvia a idéia de que o direito é construído a partir de uma junção da principiologia e das regras positivadas, alindo esses dois aos costumes e demais formas de proteção do “direito”.

Essa revolução que é aduzida está embasada nas lições do renomado jurista português Boaventura de Souza Santos, que defende essa idéia em sua obra⁵⁶.

Claramente muita coisa precisa mudar, desde as universidades, as escolas da magistratura, os professores, os alunos e até mesmo os autores ou eruditos do direito.

Em relação às Universidades muitas críticas são efetivadas, em um país como o nosso que começa a propiciar o acesso aos bancos acadêmicos com maior força a pouco tempo, em decorrência do elevado numero de Universidades que o nosso país possui, falando-se exclusivamente nessa análise das faculdades de direito, ver-se um verdadeiro festival de Universidades⁵⁷.

Não se deve ser contra as instituições de ensino, muito antes pelo contrario, mas se deve, sim, com toda a força, preservar as ins-

e Olavo de Carvalho, Rio de Janeiro: Topbooks, 1997, p. 168-169. Para o saudoso jurista Ovídio A. Baptista da Silva “a transformação paradigmática, da qual não nos é possível escapar, sob pena de renunciar ao direito, como instrumento superior de resolução de conflitos sociais, ao mesmo tempo em que permitirá resgatar a figura do juiz “responsável” – oposto ao juiz do sistema, que não comete injustiças, porquanto sua missão está limitada a declarar a injustiça da lei -, determinará que o pensamento jurídico renuncie ao dogmatismo, para recuperar a função hermenêutica na compreensão de textos, sob o pressuposto epistemológico de que o texto carrega várias soluções jurídicas possível, para, enfim, mostrando que texto e norma não são a mesma coisa, reentronizar a retórica como ciência da argumentação forense, que o pensamento linear dos juristas geômetras do século XVII pretendeu eliminar do direito processual”. (SILVA, Ovídio A. Baptista da. Jurisdição, direito material e processo, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 148.) Também observe-se Castanheira Neves (O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos tribunais supremos, Coimbra, 1983, p. 584).

⁵⁶ Utilizaremos nesse capítulo SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma revolução democrática da justiça, 2º ed., São Paulo: Cortez, 2008; por ser uma obra muito realista e inteligente, explorando pontos e formas de raciocínio que nos levaram a entender a proposição do autor.

⁵⁷ Boaventura critica o elevado número de Universidades existentes em nosso país, o que pode deixar o ensino jurídico em verdadeira calamidade e cada vez mais deficitário, in: SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma revolução democrática da justiça, 2º ed., São Paulo: Cortez, 2008, p. 72.

tituições com qualidade de ensino e de formação ético-profissional. Sabe-se que hodiernamente isso tem sido incomum em grande parte das Universidades.

Deve-se tomar o cuidado devido para que os acadêmicos tenham qualidade, sob pena de transformar a sociedade que dotará profissionais incapazes de alcançarem as expectativas.

Assim, a crítica fica para o excessivo número de instituições efetivamente descomprometidas com o ensinar, mas sim preocupadas com o lucrar. Deve-se preservar as boas universidades e a qualidade do ensino para que nossa sociedade possa “herdar” bons profissionais capazes de solver as problemáticas jurídicas que a cada dia se tornam mais complicadas em decorrência da natural complexidade da sociedade.

Outras instituições que devem ser criteriosas e efetivas são as escolas da Magistratura⁵⁸, onde os acadêmicos são preparados para o ingresso na carreira jurídica via concurso público, ocupando os cargos jurídicos que fazem parte da atuação natural.

Essas escolas são responsáveis pela formação tanto dos acadêmicos como dos próprios magistrados que são os participantes da relação jurídico-processual, sendo o sujeito que, agindo no intuito de fazer justiça, decidem os processos e as questões que são levadas diariamente ao Judiciário.

Daí a tamanha importância de investir na formação dos magistrados⁵⁹, que poderão, com uma boa formação, fazer a diferença em um Poder Judiciário – saberá interpretar⁶⁰ adequadamente as questões – que deve estar atento e preocupado em atender com qualidade os cidadãos que vão ao Judiciário buscar aquilo que pretendem, qual seja a solvência do conflito.

⁵⁸ Idem., p. 76 e ss. Neste peculiar Boaventura refere que as escolas da magistratura devem propiciar a formação adequada aos magistrados, para que eles possam desenvolver a aptidão de pensar para solucionar as causas judiciais que se colocarem a sua frente, cumprindo com as expectativas que são depositadas pela sociedade no Judiciário.

⁵⁹ Idem., p. 66 e ss. Sendo requisito básico a devida preparação dos novos membros do Poder Judiciário, que devem ser treinados para o exercício qualificado e profissional da sua função pública.

⁶⁰ Sobre a hermenêutica filosófica, que se vale a noção de interpretação, deve ser consultado GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método II, trad. Enio Paulo Gianchini e Maria Sá Cavalcante Schuback, Petrópolis: Vozes, 2002, p. 111 e ss.

Ademais, deve haver uma preocupação com os professores, que são os efetivos responsáveis pela formação de muitos juristas que, naturalmente, passam pelos bancos acadêmicos, seja na graduação como nos cursos de pós-graduação.

Os professores devem estar comprometidos em ensinar e não em apenas lucrar⁶¹ com o ensino, devem estar comprometidos com a causa do ensino jurídico de qualidade, sendo para o aluno um estímulo e inspiração de conhecimento e ética.

Por lógica, é de suma importância às Universidades terem professores capacitados e qualificados para que uma realidade caótica mude e para que possamos nos aproximar da idéia de democracia. A junção de todos esses fatores pode aproximar da nossa realidade a democracia efetiva, vencendo a democracia de papel que até o presente momento é um sonho.

Além de pensar na preparação dos professores, o que é naturalmente necessário e importante, deve-se pensar também nos acadêmicos, onde se deve buscar manter nesses um comprometimento e dedicação essenciais. Essas qualidades devem fazer parte das características dos acadêmicos para que o ensino mantenha a qualidade e esses possam se tornar profissionais de qualidade servindo à sociedade.

Os acadêmicos por vezes não são tão preocupados com sua formação acadêmica⁶², achando que isso não influenciará na condição profissional, quando, naturalmente, influenciará e muito. Um acadêmico forte que busca e se dedica aos estudos ingressará no mercado profissional com muito mais facilidade do que os demais

⁶¹ Schopenhauer critica fortemente a postura de professores que se coloquem no mercado das universidades com o grande intuito de lucrar, por ser essa uma postura contrária ao do ensino de qualidade. Assim, para o autor devem ser afastados das academias esses tipos de professores que mais prejudicam do que efetivamente ensinam. *Vide*: SCHOPENHAUER, Arthur. A arte de escrever, trad. Pedro Sussekind, Porto Alegre: L&PM, 2008, p. 19.

⁶² *Idem.*, p. 20. Os alunos buscam informações de todas as índoles sem se preocuparem realmente com o que é relevante e com sua formação acadêmica, o que trará enormes prejuízos e conseqüências que tornaram os acadêmicos despreparados e enfraquecidos, não podendo auxiliar nas efetivas dificuldades da sociedade.

que não dedicam tempo ao estudo. Nossa sociedade sofre muito com isso, o que também prejudica a concretização da democracia que se busca implantar em nosso país.

Por fim, observemos os intelectuais doutrinadores, que são muito mais preocupados em escrever obras e serem eruditos, o que não deve ser recriminado mais sim estimulado desde que esse erudito saiba utilizar as qualidades que possui e as pesquisas que efetivou⁶³.

Os eruditos por vezes escrevem obras que não tem um propósito efetivo, que não tem uma riqueza intelectual, sendo por mera imitação do que os anteriores escreveram⁶⁴. Essa ausência de comprometimento macula toda a comunidade jurídica que acaba lendo as obras desses autores que deveriam estar preocupados em repassar conhecimento, e não como alguns poucos que se preocupam com a lucratividade de suas escritas e habilidade. Deve-se enfatizar que os eruditos do direito são necessários, mas devem buscar cumprir o seu papel, a sua função social, qual seja a de ensinar e de através de sua fala e escrita repassar conhecimento e cultura.

Com o cuidado de todos esses fatores poderemos nos aproximar da noção de democracia, que envolverá a efetiva participação. Para tanto, como refere Boaventura de Souza Santos devemos fazer uma “revolução” em busca da democracia, buscando corrigir os erros que sabemos existir e a partir disso agir em busca da democracia que poderá ser alcançada através do processo.

5 A DEMOCRACIA REALIZADA ATRAVÉS DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

Frente a toda essa realidade que analisamos até então, faz-se necessário compreender que a democracia poderá ser passível de

⁶³ Idem., p. 21. Essa crítica é efetivada por Schopenhauer, de forma brilhante, quando relata a situação de vários eruditos que não se preocupam com a realidade das questões, mas sim, em escrever seus livros, tornarem-se conhecidos e lucrarem com isso, essa prática deve ser repudiada, devemos buscar a formação de eruditos comprometidos com o conhecimento, que escrevam suas obras pensando na solução dos problemas e de tornar a nossa sociedade uma democracia real, ou ao menos tentar fazer isso.

⁶⁴ Idem., p. 22.

realização através do processo e do Poder Judiciário, graças às garantias constitucionais do processo⁶⁵.

O processo civil brasileiro que é um dos meios de obtenção de democracia é dotado de grandiosa formação principiológica, estando esses princípios disposto tanto na Carta Magna de 1988 como também no Código de Processo civil, regulando de forma pontuada processo.

Dentre os diversos princípios encontrados na Constituição Federal, trataremos de alguns dentre os quais o do devido processo legal, contraditório, ampla defesa, efetividade da prestação da tutela jurisdicional, celeridade e razoável duração do processo.

O devido processo legal⁶⁶ é um princípio muito importante, se não o mais, por ser o princípio gênero do qual os demais derivam e são espécies. Esse princípio que tem origem no direito americano é a base forte do ordenamento jurídico⁶⁷ Processual Civil brasileiro e por essa sua importância sempre foi bem tratado pela doutrina que o interpreta de forma coerente, visando sempre tornar o processo uma manifestação democrática.

Quando se trata de observar o devido processo legal⁶⁸ se está a falar de um processo que obtenha um curso natural, que seja or-

⁶⁵ A Constituição Federal de 1988 traz em seu arcabouço diversos princípios processuais que são de imensa valia para o direito processual civil brasileiro, dos quais devem ser consultados nas obras: PORTANOVA, Rui. Princípios do processo civil, 6^o ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; e NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na constituição federal, 7^o ed. rev. atual., São Paulo: RT, 2002.

⁶⁶ Sobre esse princípio aduz Nelson Nery Júnior que “ O princípio fundamental do processo civil, que entendemos como base a qual todos os outros se sustentam, é o do devido processo legal, expressão oriunda da inglesa *due process of Law*. (...)” in NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na constituição federal, 7^o ed. rev. atual., São Paulo: RT, 2002, p. 32.

⁶⁷ BOBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico, trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, 10^o ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 71 e ss.

⁶⁸ Também sobre o devido processo legal vale consultar a bela obra de Cassio Scarpinella Bueno in: BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil: vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 104 e ss. Rememore-se que para alguns quando se trata deste princípio, ora observado, dever-se-ia chama de devido processo constitucional e não como é chamado de devido processo legal. Idem., p. 106.

ganizado e se preste a seu fim, que é, dentro do possível, a solvência do conflito e a obtenção de justiça.

Em verdade o processo será adimplente a este princípio quando respeitar uma lógica de atos concatenados que venham a buscar a produção de provas que possibilitarão, dentro de um prazo razoável, a solução da lide que se colocou às portas do Judiciário. O devido processo legal está relacionado com uma idéia de processo organizado, que respeite certo formalismo⁶⁹, mas desde que seja realmente valorativo⁷⁰ e não um formalismo que desprestige o seguimento célere da demanda e muito menos de um formalismo que se apegue ao extremo a forma sem prezar pela obtenção da solução efetiva da problemática. Essa é a noção de devido processo legal implantada em nosso país assim como em outros tantos, um processo que siga o seu devido curso, que pela garantia de participação processual gerará, em grande parte de seus conflitos processuais a possibilidade de amplitude de defesa e o alcance de justiça.

O contraditório⁷¹ que também é um princípio processual-constitucional é muito relevante por ser a forma pela qual se possibilita a parte demandada tomar conhecimento do pleito que se põe em seu desfavor. Esse contraditório se dá através das notificações processuais, das quais o maior exemplo é a citação da parte demandada, que

⁶⁹ Crítica fortemente elaborada em relação ao formalismo vem de Schopenhauer referindo que deve haver o desapego do formalismo por não nos apresentar grandes vantagens, *vide*: Schopenhauer, Arthur. Como vencer um debate sem precisar ter razão: em 38 estratégias, trad. Daniela Caldas e Olavo de Carvalho, Rio de Janeiro: Topbooks, 1997, p. 21.

⁷⁰ Sobre a idéia de formalismo no processo civil, deve-se observar a obra do jurista Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que refere a importância do formalismo, na medida adequada, sendo este formalismo, para ser aceitável, valorativo e não um formalismo despropositado que afoga o Poder Judiciário e prejudica a sistemática processual. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Do formalismo no processo civil, 2^o ed. rev. e ampli., São Paulo: Saraiva, 2003).

⁷¹ Sobre esse princípio consultar BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil: vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 107. – *verbis* “O núcleo essencial do princípio do contraditório compõe-se, de acordo com a doutrina tradicional, de um binômio: ciência e resistência ou informação e reação. O primeiro destes elementos é sempre indispensável; o segundo, eventual ou possível.”; também observar NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na constituição federal, 7^o ed. rev. atual., São Paulo: RT, 2002, p. 134;

propiciará as diversas formas de resposta – a contestação, as exceções e a reconvenção – que o processo civil brasileiro elegeu como meios adequados para manifestação da parte ré. Assim também pode se dar no processo cautelar ou ainda na execução seja por título judicial (hoje chamado de cumprimento de sentença) – caso através da intimação – ou ainda por título extrajudicial – no caso seria citação para que a parte adversa se manifestasse.

Conexo a esse princípio do contraditório vem o princípio da ampla defesa⁷², que visa proporcionar as partes a ampla forma de defesa, possibilitando aos sujeitos processuais as diversas maneiras de se manifestar, tanto para o réu quanto para o autor. No caso do réu, por exemplo, que após receber a citação pode se defender através da contestação ou exceções e até mesmo reconvir. Já para o autor após essa manifestação da parte ré poderá replicar, rebatendo todas as arguições que foram efetivadas pela parte ré, utilizando também a idéia de ampla defesa.

Ademais, a ampla defesa esta também disposta, ainda no processo cognitivo, através dos diversos meios de prova que o Código de Processo Civil proporciona, desde o depoimento pessoal, que é efetivado pelas próprias partes em audiência, até a utilização de uma inspeção judicial que pode ser feita caso uma das partes tenham efetivado o pedido e o magistrado deferido. Tudo isso, sem falar na prova testemunhal que também é uma das formas que o *Codex* de Processo Civil nacional elegeu. Deve-se referir, por fim, com relação a esse princípio, que essa ampla forma de defesa pode ser obtida também no processo cautelar e no de execução, guardando as suas peculiaridades e forma de defesa, que, como se sabe, não são tão amplas como as do processo de conhecimento.

⁷² BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil: vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 112 e ss.

Além desses princípios podemos referir também o princípio da razoável duração do processo⁷³ como um dos princípios que dão base a idéia de democracia que pode ser obtida através do processo. Esse princípio está ligado ao da celeridade, que será tratado *a posteriori*, sendo o garantidor máximo da idéia de tempo⁷⁴ adequado ao processo, sendo a válvula de escape para que o processo possa ser ao mesmo tempo célere e respeitador do devido processo legal.

O processo não pode ser moroso⁷⁵ por demasia e muito menos célere ao ponto de suprimir garantias constitucionais e os direitos das partes. Assim, todo o processo deve durar aquilo que efetivamente seja o necessário para a correta solução da lide.

O princípio da celeridade⁷⁶ que é um dos mais buscados em nossa sociedade deve ser interpretado da forma correta, para que injustiças não aconteçam. A celeridade em um mundo globalizado e rápido, onde as negociações se dão quase que de imediato, se faz necessária para a manutenção da realidade que a sociedade massificada de hoje vivencia.

⁷³ Para averiguar essa noção de razoável duração do processo veja-se: CARVALHO, Fabiano. EC n. 45: reafirmação da garantia da razoável duração do processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.216. “Isso importa dizer que todos têm acesso à justiça para postular e obter uma tutela jurisdicional adequada. Nesse contexto, a prestação da tutela jurisdicional em tempo razoável garante o efetivo acesso à justiça, porquanto o direito à prestação jurisdicional dentro de um tempo aceitável é uma exigência da tutela jurisdicional efetiva”. Observe-se também as palavras de MARINONI, Luiz Guilherme, Curso de processo civil: Teoria geral do processo, v. 1, São Paulo: RT, 2006, p. 221 e ss.

⁷⁴ Sobre a relação tempo e direito – no nosso caso processo – segundo o jurista francês François deve-se tomar o devido cuidado para que as coisas não se acelerem por demais, visto que o direito deve seguir o seu tempo normal, sem uma aceleração exacerbada e desmotivada que prejudicaria e muito a natural preservação de um direito em sua essência máxima. (OST, François. O tempo do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 39.)

⁷⁵ A necessidade de pensar algo que possa agir contra a morosidade ou lentidão dos processos, algo que está sendo perceptível, sobre a busca de soluções veja – versão mais atual de - OST, François. O tempo do direito, Trad. Elcio ernandes, Bauru: Edusc, 2005, p. 17; também observar MARINONI, Luiz Guilherme, Curso de processo civil: Teoria geral do processo, v. 1, São Paulo: RT, 2006, p. 186 e ss.

⁷⁶ Sobre a conceituação deste princípio ver PORTANOVA, Rui. Princípios do processo civil, 6^o ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 171 e ss.

A idéia de processo célere se implantou para que houvesse a superação do velho modelo processual formalista e lento, que instaurou a morosidade que parecia interminável e invencível, mas que a partir dessa oxigenação que se deu com Processo Civil, através da celeridade, muita coisa mudou, alterando-se inclusive a própria noção de tempo em relação ao processo.

Essa implementação da celeridade foi uma vitória que todos os processualistas devem comemorar. Mas, hodiernamente, a busca por celeridade se tornou desmedida e desenfreada, prejudicando-se direitos e até mesmo a própria noção de processo, que foi construída através de delongada experiência forense ao redor do mundo⁷⁷.

Diversas alterações foram procedidas no modelo de processo existente até aquele momento, alterando-se o agravo⁷⁸, a execução⁷⁹, a forma de se contar os prazos⁸⁰ e muito mais. Todas essas mudanças foram formuladas e projetadas sob o enfoque da celeridade processual. A intenção do legislador foi boa, sem, no entanto, atentar para a medida em que essa celeridade deveria estar posta, de forma que

⁷⁷ Ademais, deve-se observar que a celeridade nem sempre garante justiça, por vezes o que se dá é o contrario pois a celeridade, por sua natureza, gera injustiças pela ausência de tempo para solucionar a problemática, afastando a idéia da justiça cidadã, in SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma revolução democrática da justiça, 2^o ed., São Paulo: Cortez, 2008, p. 24.

⁷⁸ Foi modificado pela Lei 11.187/2005, fazendo com que a regra dos agravos passasse a ser o retido e não mais o de instrumento, que se dará somente em casos excepcionais, legislativamente falando, mas que na prática pouca coisa mudou.

⁷⁹ Nesse caso diga-se corretamente fase de cumprimento de sentença onde foram agregadas ao artigo 475 diversas letras, que vieram postados pela Lei 11.232/2005.

⁸⁰ Nesse caso a mudança se deu por conta da Lei 11.419/2006, quando se fala da informatização do processo, especificamente quando se fala da idéia de contagem do prazo, onde a partir da mudança conta-se a disponibilidade, depois a publicação e só então se inicia a contagem natural dos prazos, conforme o art. 4^o, § 4, vide: “Art. 4^o Os tribunais poderão criar Diário da Justiça eletrônico, disponibilizado em sítio da rede mundial de computadores, para publicação de atos judiciais e administrativos próprios e dos órgãos a eles subordinados, bem como comunicações em geral.

§ 4^o Os prazos processuais terão início no primeiro dia útil que seguir ao considerado como data da publicação.”

não viesse a prejudicar as partes e muito menos ao próprio Processo Civil brasileiro⁸¹.

Com tudo isso o que acabou por se dar, embora fosse boa a intenção do legislador⁸², foi a desestruturação do Processo Civil brasileiro, que hoje está representado por um Código extremamente recortado e desarmônico. Afora isso, relativamente a problemática da celeridade vejamos, por exemplo, o art. 285-A do Código de Processo Civil, que criou um “monstro” em favor da tão pretendida celeridade.

Segundo esse dispositivo poderá o juiz repetir o teor da sentença⁸³ prolatada anteriormente, dispensando inclusive a citação da parte ré, desde que a questão em debate seja matéria exclusivamente de direito, devendo a sentença, exarada pelo mesmo juiz, ser de total improcedência. Essa é a “grande conquista” para muitos, mas que veridicamente nada possui de conquista, mas, sim, uma verdadeira desconstrução⁸⁴.

Essa celeuma deve ser solvida a tempo, antes que muitos direitos sejam afetados e muitos cidadãos sofram de forma desmerecida em decorrência da celeridade processual desmedida.

⁸¹ A intenção do legislador foi no sentido de desafogar o Poder Judiciário, o que é efetivamente uma justa razão de implementação da celeridade – utilizou-se inclusive das sumulas vinculantes –, devendo essa ser posta com cautela, nesse sentido SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma revolução democrática da justiça, 2º ed., São Paulo: Cortez, 2008, p. 25.

⁸² Mas sabemos que embora tenha sido boa a intenção do legislador problemas surgiram dessa prática que o Legislativo no impôs, uma celeridade desmedida, que ultrapassa o limite normal que é dado à celeridade, pois como se sabe a própria celeridade tem um limite do qual não pode avançar, qual seja fazer injustiças, em decorrência da célere corrida processual sem o devido cuidado com o processo em tempo razoável e violador do devido processo legal. *Idem.*, p. 27.

⁸³ Esse tipo de sentença incorrerá em ausência de “completeza” que é uma noção sustentada por Taruffo in: TARUFFO. La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità, Giuffrè, 1974, p. 144. Ademais, as sentenças devem ser fundamentadas de forma precisa, e não com possuindo uma falsa fundamentação, pois o magistrado deve convencer as partes de que sua decisão guarda uma lógica jurídica correta, nesse diapasão *vide*: TARUFFO. Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice, in revista trimestrale di diritto e procedura civile, Giuffrè, p. 675, 2001, trad. Candido Rangel Dinamarco.

⁸⁴ Aqui merece lembrança a ponderação de Boaventura, quando aduz que a celeridade desmedida influencia claramente na qualidade das sentenças, que passam, efetivamente, a se afastar dos critérios da qualidade da prestação jurisdicional. (SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma revolução democrática da justiça, 2º ed., São Paulo: Cortez, 2008, p. 81.)

O dispositivo, ora comentado, é problemático assim como refere Nelson Nery Júnior⁸⁵, – pendendo de solução inclusive frente ao Supremo Tribunal Federal através da ADI 3.695/DF – pois, em busca da celeridade, rompe com diversos princípios de índole constitucional, especificamente o do contraditório⁸⁶, ampla defesa⁸⁷, economia processual⁸⁸ e até mesmo à idéia de devido processo legal⁸⁹.

⁸⁵ NERY JÚNIOR, Nelson [et. all.]. Código de processo civil comentado e legislação extravagante, 10^o ed. rev., ampli. e atual., São Paulo: RT, 2007, p. 554-555.

⁸⁶ Em decorrência da ausência de possibilidade de conhecimento da demanda à parte contrária que tem o direito de saber que está sendo demandada, podendo conhecer, inclusive, a fundamentação da parte adversa para o pleito pretendido. Ademais, a violação é também frontal ao direito do autor de poder conhecer as razões da parte adversária sobre a temática que seria discutida, o que também poderia mudar totalmente o curso da lide.

⁸⁷ Esse princípio também é naturalmente violado, em decorrência da ausência de possibilidade de a parte ré se defender das pretensões da parte autora, retirando-lhe inclusive a possibilidade de reconvir, que seria extremamente útil para o réu que é demandado de forma equivocada. Dê-se o exemplo de um escritório de advocacia que sempre foi pontuado na demanda de seu cliente, e este após o termino da demanda, inconformado com a decisão que não lhe concedeu o que buscava vem a difamar a imagem do escritório e a mover uma ação judicial com o intuito de obter frente ao patrono uma indenização, se o patrono não tivesse a possibilidade de saber dessas condutas do seu antigo cliente, o que se daria através da ação, seria cerceado o direito de reconvenção que detém o dito escritório. Tudo isso é efetivamente complexo. Ademais, a própria parte autora não poderia utilizar as diversas formas de comprovação de seu direito em decorrência da utilização do art. 285-A, violador da ampla forma de defesa que ambas as partes teriam no processo.

⁸⁸ Esse dispositivo relatado também viola a economia processual, em decorrência da necessidade de intromissão do Tribunal de Justiça do respectivo Estado, em decorrência da sentença exarada que se reformada fará com que seja ordenada a citação da parte ré para que o processo tenha o seu curso natural, o qual deveria ser mantido, mas que em decorrência da aplicação do referido artigo obriga a parte a recorrer ao Tribunal de Justiça através de uma apelação para que possa se modificar a situação, isso se o próprio Tribunal modificar a sentença. Não sendo feito isso, a parte autora terá que se socorrer do Superior Tribunal de Justiça ou até mesmo do Supremo Tribunal federal, o que é um absurdo. Vejamos, o tamanho da problemática que esse artigo poderá trazer, movimentado, antes do momento adequando, toda uma estrutura do Judiciário, fazendo a questão chegar aos Tribunais para que possa, pelo menos, ser discutida depois em primeiro grau a *questio*, tornando o processo ainda mais lento, pois se obrigará a parte a ir ao Tribunais, sejam inferiores ou superiores, para conseguir que a parte adversária seja citada. Isso sim é um absurdo fenomenal, que destrói a idéia de celeridade e que de quebra ainda macula até mesmo um direito evidente que a parte tenha, somente em decorrência de um preciosismo processual infundado.

⁸⁹ Com a aplicação deste artigo 285-A, como querem alguns, será ainda violada a noção de devido processo legal, pois o processo perderá a sua simetria de atos logicamente concatenados, para pular uma fase, chegando ao ponto de ir aos

Não bastassem essas violações de índole principiológica, que estão tanto no viés constitucional como processual, ainda existiria a violação ao direito processual⁹⁰, especificamente em relação à formação daquilo que chamamos processo, pois para que esse se forme deve haver a formação triangular, onde a parte autora demanda frente a ré repassando a sua inconformidade ao Juiz que propiciará ao réu o conhecimento da demanda existente em seu desfavor formando a chamada angularização processual⁹¹ que envolve as três partes ora referidas⁹².

Mais uma vez o tal dispositivo é prejudicial, agora atacando toda a teoria existente sobre o processo, que foi construída através da experiência de diversos juristas renomados, desconstruindo tudo aquilo que o direito processual civil praticava até então. A questão que surge é, vale realmente apenas esse dispositivo? Será efetivamente célere?

Este autor crê que as respostas sejam negativas, mas fica no aguardo de novas discussões para que se possa chegar a um de-

Tribunais, para que depois de reformada a sentença ou até mesmo o acórdão, venhamos a regressar ao processo cognitivo para que o juiz ordene a citação da parte adversária, para só então continuar a seguir os caminhos processuais necessários para a obtenção de uma sentença robusta e bem fundamentada, que se obterá pelo livre convencimento motivado advindo das provas.

⁹⁰ Belíssimo estudo sobre a tutela processual foi construído pelo douto jurista Argentino Roberto Omar Berizonce, in: BERIZONCE, Roberto Omar. As garantias do cidadão na justiça, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1993, p.123 e ss.

⁹¹ Nesse sentido Nelson Nery Júnior é claro aduzindo que a citação é requisito de existência do processo, sem a qual não existirá litígio instaurado, pois sequer tomou ciência disto a parte ré, maculando-se a noção de processo que depende da participação de todos – autor, réu e juiz – para que seja existente a relação jurídica processual. NERY JÚNIOR, Nelson [et. all.]. Código de processo civil comentado e legislação extravagante, 10^o ed. rev., ampli. e atual., São Paulo: RT, 2007, p. 555.

⁹² Cabe referir que hoje se fala muito na idéia da circularidade, na qual não observaremos mais a relação processual como um triangulo em que autor e réu estão colocados abaixo do Juiz, mas sim uma relação processual desenvolvida em forma de circulo no qual autor, réu e juiz estão postados em um circulo de forma igualitária. Nessa esteira de raciocínio vejamos: LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito I, Tradução de Gustavo Bayer, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 115 e 121; TEUBNER, Gunther. O direito como um sistema autopoiético, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1989. p. 53; ZYMLER, Benjamim. Política e Direito: uma visão autopoiética, Curitiba: Juruá, 2002, p.65; e por fim observemos ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 38.

nominador razoável e que se possam buscar o melhor tanto para o processo, como ciência ou ainda técnica⁹³, como para a parte que busca a realização fenomênica de seu direito.

Todos esses princípios analisados em conjunto podem fazer com que outro princípio seja adimplido, o princípio da efetividade⁹⁴ da prestação da tutela jurisdicional⁹⁵, onde a prestação da tutela que é efetivada pelo Poder Judiciário⁹⁶ deve obter os melhores resultados possíveis, dotando de solução adequada a problemática que foi discutida na lide, sendo sempre uma prestação real, fundamentada e que dure o tempo necessário para a sua produção, sem, no entanto, ser morosa.

Com toda essa aplicação principiológica ao processo, que vem de origem nobre qual seja a Constituição, aliada a todas as práticas participativas que o processo possibilita, somando-se à receptividade do Poder Judiciário – não mantendo o Judiciário como a mera boca da Lei⁹⁷ – que sempre se mostrou disposto a ouvir o cidadão,

⁹³ O processo, como técnica da formulação das normas jurídicas e de efetivação do direito conserva, e necessariamente deveria fazê-lo, as conotações políticas e econômicas que conformam o próprio direito a que ele se vincula, instrumentalmente. In PASSOS, José Joaquim Calmon de. Participação e processo coord. Ada Pellegrini Grinover, São Paulo: RT, 1988, p. 86.

⁹⁴ Uma obra excelente foi construída pelo jurista gaúcho Darcy Ribeiro, quando em seus estudos doutorais, sendo uma análise pontuada e que passou também pela idéia de tutela judicial efetiva, que é aquilo que muito se busca em nossa comunidade jurídica. In: RIBEIRO, Darcy Guimarães. La pretensión procesal y La tutela judicial efectiva, Barcelona: J.M.Bosch editor, 2004, p. 75 e ss. Também observar a lições de BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual, 2º ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 49 e ss. Também sobre a efetividade pode ser consultado MARINONI, Luiz Guilherme, Curso de processo civil: Teoria geral do processo, v. 1, São Paulo: RT, 2006, p. 215 e ss.

⁹⁵ A prestação da tutela jurisdicional deve ser de qualidade, devendo o judiciário está preocupado em qualificar as suas decisões, devendo essas sofrerem o devido controle e os magistrados uma maior responsabilização por suas decisões, não sendo os magistrados a mera boca da lei. In BERIZONCE, Roberto Omar. Participação e processo coord. Ada Pellegrini Grinover, São Paulo: RT, 1988, p. 136-138.

⁹⁶ Berizonce ainda refere que os Poder Judiciário deve ser responsabilizado não somente pelos erros judiciais, de forma objetiva, mas também pelo “funcionamento anormal” e de “falta de serviço” que resultam em frustração à garantia do devido processo legal. Idem., 142.

⁹⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. Principios del derecho procesal, Madri: Reus, s/d, p. 365.

poderemos contribuir para a efetiva aplicação da democracia em nosso país, deixando de ser um sonho, um objetivo ou ainda uma ilusão, passando a ser algo real e alcançável, beneficiando a todos os membros de um país que clama pelo respeito aos direitos fundamentais e que labuta diariamente pela obtenção da justiça!

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Realmente vivenciar a democracia, em nosso país, se tornou algo difícil e também incomum, tudo isso em decorrência dos diversos desmandos e práticas de nossos representantes, que deveriam agir na conformidade daquilo que a própria Constituição Federal prevê o que seja um país que preze pela justiça e pela democracia.

Em verdade, a democracia ainda pode ser implantada em nosso país, não que seja algo fácil, mas que pelo menos é possível, desde que comecemos a atribuir essa função de busca da verdade e da justiça ao Judiciário, que com o seu cuidado e com sua imparcialidade natural poderá promover uma participação efetiva e real de muitos dos cidadãos.

O meio próprio para que o Poder Judiciário consiga completar essa “missão impossível” passa pela franca utilização do Processo Civil, como realizador da participatividade que se dá através das diversas opções de manifestação jurídico-processuais existentes, que garantem ao cidadão o livre acesso ao que pretendem.

Essa democracia que poderá ser construída necessita de um “avalista” de respeito, que seja capaz de agir sem temer e que possa ser acima de tudo imparcial, requisitos que se acham posto no Poder Judiciário.

Esse poder só pode agir através do processo, meio eleito pelo legislador e pelos doutrinadores como correto para que todos possam ter acesso franco ao Estado Judiciário. Assim, não há como buscar democracia sem pensar em Processo Civil, sendo o meio propiciador de todo o tipo de manifestação e participação, onde o cidadão será ouvido sempre sem ser unicamente quando da época das eleições ou ainda de um plebiscito ou referendo.

Portanto, falar em democracia nos leva a falar em Direito Processual Civil, um processo formal, mas de formalidades que sejam

valorativas e não meramente impeditivas de efetividade. Pensar em democracia, por assim dizer, fará ligação com a noção de Processo cooperativo, onde as partes colaborarão ao máximo para a obtenção da verdade real e formal, que poderá repassar aos demandantes o mínimo critério de justiça e democracia.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Roberto. A democracia representativa está morta; viva a democracia participativa. In: Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides, São Paulo: Malheiros, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. Modernidade e Ambivalência, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual, 2º ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

BERIZONCE, Roberto Omar. As garantias do cidadão na justiça, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1993.

BOBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico, trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, 10º ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil: vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2007.

CAMPBELL, C. The Romantic Ethic and the Spirit of Modern Consumerism, Oxford: Blackwell, 1987.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais, 2º ed., Portugal: Coimbra Editora, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7º, ed., Coimbra: Almedina, 2003.

CARRIÓ, Genaro R. e CARRIÓ, Alejandro D. El recurso extraordinario por sentencia arbitria, Buenos Aires, Abeledo-perrot, 1983.

CARVALHO, Fabiano. EC n. 45: reafirmação da garantia da razoável duração do processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios del derecho procesal*, Madri: Reus, s/d.

DELACAMPAGNE, C. *História da Filosofia no Século XX*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1995.

DELGADO, José Augusto. *As garantias do cidadão na justiça*, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1993.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Participação e processo* coord. Ada Pellegrini Grinover, São Paulo: RT, 1988.

DURIGUETTO, Maria Lúcia. *Sociedade civil e democracia – Um debate necessário*. São Paulo: Cortez, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, trad. Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FEATHERSTONE. *Cultura de consumo e Pós-modernismo*, São Paulo: Studio Nobel, SESC, 1995.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*, trad. Enio Paulo Gianchini e Maria Sá Cavalcante Schuback, Petrópolis: Vozes, 2002.

GARAPON, Antonie. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*, Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

GIDDENS. “A vida em uma sociedade pós-tradicional”, In: BECK, GIDDENS & LASH, 1997.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna*, São Paulo: Edições Loyola, 1992.

HELLER, Agnes. *Mas allá de la justicia*, Barcelona: Editorial Crítica, versão espanhola de 1990.

JAYME, Erik. *Cours général de droit intenacional prive*, In *recueil des cours*, Académie de droit intenacional, t, 251, 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 4º Ed., São Paulo: Martins Fontes, 1994.

- KUMAR, Krishan. Da sociedade pós-industrial à pós-moderna, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.
- LYOTARD, Jean-François. O pós-moderno, Rio de Janeiro: Olympio Editora, 1986.
- LOPES, José Reinaldo de Lima, in: FARIA, José Eduardo(coord.) [et. all]. Direito e justiça: A função social do judiciário, São Paulo: Ática, 1989.
- LUHMANN, Niklas. Sitemi sociali: Fondamenti di una teoria generale, Bolonha:Il Mulino, 1990.
- LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito I, Tradução de Gustavo Bayer, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.
- MARINONI, Luiz Guilherme [et. all.]. Código de direito processual civil comentado, São Paulo: RT, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme, Curso de processo civil: Teoria geral do processo, v. 1, São Paulo: RT, 2006.
- MARQUES, Claudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais, 4. ed. rev., atual. e ampli., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo, RT, 2002.
- MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos, São Paulo: RT, 2009.
- NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal, 7º ed., São Paulo: RT, 2002.
- NERY JÚNIOR, Nelson [et. all.]. Código de processo civil comentado e legislação extravagante, 10º ed. rev., ampli. e atual., São Paulo: RT, 2007.
- NEVES, Antônio Castanheira. O direito hoje em com que sentido? Lisboa: Editora Piaget, 2002.
- NEVES, Antônio Castanheira. O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos tribunais supremos, Coimbra, 1983.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Do formalismo no processo civil, 2º ed., rev. e ampli., São Paulo: Saraiva, 2003.

- OST, François. O tempo do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. Participação e processo coord. Ada Pellegrini Grinover, São Paulo: RT, 1988.
- PERELMAN, Chaim. Ética e direito, São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PICORDI, Nicola. La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione, revista trimestral de Diritto Procedura Civile, Giuffrè, 2004.
- PISANI, Andrea Proto. Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, n. 16, 2001.
- PORTANOVA, Rui. Princípios do processo civil, 6º ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- PRZEWORSKY, Adam. Estado e Economia no Capitalismo. Trad. Argelina C. Figueiredo, Pedro Paulo Z. Bastos. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1995.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. La pretensión procesal y La tutela judicial efectiva, Barcelona: J.M.Bosch editor, 2004.
- ROCCO, Ugo. Trattato di diritto processuale civile V. I, 2º ed., Torino: Topografia Sociale Torinese, 1966.
- ROCHA, Álvaro Felipe Oxley da. Sociologia do direito: A magistratura no espelho, São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2002.
- ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito,. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- ROUANET, S. P. As razões do iluminismo, São Paulo: Companhia das Letras, 1987.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma revolução democrática da justiça, 2º ed., São Paulo: Cortez, 2008.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Pela Mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade, São Paulo: Cortez, 1997.
- SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil, 7º ed., São Paulo: Saraiva, 1980.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

SCHOPENHAUER, Arthur. A arte de escrever, trad. Pedro Sussekind, Porto Alegre: L&PM, 2008.

SCHOPENHAUER, Arthur. Como vencer um debate sem precisar ter razão: em 38 estratégias, trad. Daniela Caldas e Olavo de Carvalho, Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. As garantias do cidadão na justiça, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1993.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Democracia e sociedade de massa - www.Baptistadasilva.com.br/artigos.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Jurisdição, direito material e processo, Forense, 2007.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. In: Participação e processo, coord., Ada Pellegrini Grinover, São Paulo: RT, 1988.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 15^o ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 1998.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. As garantias do cidadão na justiça, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1993.

TEUBNER, Gunther. O direito como um sistema autopoiético, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TOCQUEVILLE, Alexis de. La démocratie em Amérique, Paris: Garnier: Flammarion, 1951, t. II.

TARUFFO. La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità, Giuffrè, 1974.

TARUFFO. Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice, in revista trimestrale di diritto e procedura civile, trad. Cândido Rangel Dinamarco, Giuffrè, 2001.

VATTIMO, Gianni. O Fim da Modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna, Lisboa: Editorial Presença, 1987.

ZYMLER, Benjamim. Política e Direito: uma visão autopoiética, Curitiba: Juruá, 2002.

A PARTE GERAL DOS RECURSOS NO PROJETO DE LEI N. 8.046/2010 – NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL –

THE GENERAL PART OF RESOURCES IN THE PROJECT OF LAW N. 8.046/2010 – NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE –

Maria Carolina Rosa de Souza*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Conceito de recurso. 3 As espécies e os prazos recursais. 4 Juízo de admissibilidade e de mérito. 5 Os efeitos dos recursos. 6 Considerações finais.

Summary: 1 Introduction. 2 Concept of resource. 3 Species and deadlines of resources. 4 Judgment on admissibility and merits. 5 The effects of resources. 6 Final remarks.

RESUMO: O Projeto de Lei n. 8.046/2010, versando sobre o novo Código de Processo Civil e em trâmite no Congresso Nacional, desafia o exame pormenorizado das suas disposições e institutos, objetivando compreender a sistemática e as modificações normativas que possivelmente serão concretizadas na nova lei. Neste artigo pretende-se analisar o sistema recursal, na sua parte geral, explicando as diretrizes básicas do seu procedimento e indicando as normas inovadoras do Projeto de Lei em relação ao Código de Processo Civil vigente. Em que pese as novidades e modificações na parte geral dos recursos serem pontuais, revela-se a importância do seu estudo na medida em que tais regras norteiam todo o sistema recursal, concedendo-lhe uniformidade procedimental.

* Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Porto Alegre/RS/BRASIL. Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Meridional - IMED, 2010. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo, 2007. Integrante do grupo de pesquisa Jurisdição Constitucional e Democracia da Universidade de Passo Fundo. Advogada da banca Carles de Souza Advogados Associados. E-mail: mariacarolsouza@yahoo.com.br

Palavras-chave: Projeto de Lei n. 8.046/2010. Código de Processo Civil. Recursos. Parte Geral.

Abstract: The Project of Law n. 8.046/2010, dealing with the new Code of Civil Procedure and pending in Congress, challenges the detailed examination of its provisions and institutes in order to understand the systematic and regulatory changes that are likely to be implemented in the new law. This article attempts to analyse the resource system in its general part, explaining the basic guidelines of your procedure and indicating the innovative standards of the project of law in relation to the Code of Civil Procedure in force. Despite changes in the general resources be punctual, reveals the importance of its study to the extent that such rules govern the entire of resource system, granting him procedural uniformity.

Keywords: Project of law n. 8.046/2010. Code of Civil Procedure. Resources. General part.

1 INTRODUÇÃO

As normas do Projeto de Lei n. 8.046/2010¹ apresentam inovações e modificações em relação às disposições do Código de Processo Civil vigente. Elaborado em um contexto social diferenciado da codificação de 1973, o Projeto de Lei mostra-se em muitos aspectos atento aos anseios da sociedade por um processo mais célere e efetivo.

Dentre os institutos de relevo na proposta legislativa, destaca-se o sistema recursal. Neste estudo examinam-se as disposições gerais relativas aos recursos, previstas nos artigos 948 a 962 do Projeto de Lei do novo Código de Processo Civil, explicando as suas peculiaridades e salientando as regras que se diferenciam do vigente Código de 1973.

Primeiramente, evidenciam-se o conceito de recurso, as suas espécies e os prazos de interposição e resposta recursais. Após, examinam-se o juízo de admissibilidade e de mérito dos recursos e os principais efeitos decorrentes da sua interposição e seu julgamento.

¹ O Projeto de Lei n. 8.046/2010 versa sobre o novo Código de Processo Civil e está tramitando no Congresso Nacional. Trata-se da última versão do Projeto de Lei n. 166/2010, originalmente aprovado pelo Senado Federal.

2 CONCEITO DE RECURSO

A Constituição Federal de 1988 é o marco do constitucionalismo no ordenamento jurídico brasileiro. O seu advento promoveu mudanças na análise do sistema jurídico, na medida em que todas as suas ramificações passam a ser examinadas e interpretadas conforme as disposições constitucionais^{2 3}. Dessa forma, as normas constitucionais servem de alicerce para a compreensão e a interpretação das normas infraconstitucionais, visando à unidade do ordenamento jurídico no Estado Constitucional de Direito.

Evidentemente, a compreensão do sistema processual civil também se submete às normas constitucionais, principalmente às garantias e aos princípios fundamentais de natureza processual. É incompreensível conceber o processo somente como instrumento autônomo e independente, desgarrado dos preceitos constitucionais. Ao contrário, o chamado modelo constitucional de processo enseja a efetiva realização dos direitos, sempre sob os ditames da Carta Magna.

Nesse contexto, cumpre ressaltar a lição de Artur Torres⁴, ao afirmar que a Constituição Federal possui conteúdo processual próprio, encerrando preceitos processuais de natureza diversa, tanto de conteúdo processual-constitucional: caracterizado pela natureza instrumental; quanto de conteúdo constitucional-processual, “*criador de direito material*, ou melhor, conteúdo responsável pela atribuição, em favor de todo e qualquer jurisdicionado, de direitos substanciais para *serem gozados no e em razão do processo*”. Tais direitos, considerados fundamentais de natureza processual, “vinculam tanto o Estado-Juiz (na prestação da tutela jurisdicional), como o Estado-Legislator (na construção do texto normativo), revelando a *matriz*

² PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 28-30.

³ TORRES, Artur. *Constituição, processo e contemporaneidade: o modelo constitucional do processo brasileiro*. *Revistas Temas Atuais de Processo Civil*. Porto Alegre: ano 1, volume 1, n. 2, p. 50.

⁴ TORRES, Artur. *Constituição, processo e contemporaneidade: o modelo constitucional do processo brasileiro*. *Revistas Temas Atuais de Processo Civil*. Porto Alegre: ano 1, volume 1, n. 2, p. 51.

constitucional processual, ordem vinculadora de toda e qualquer ramificação do direito processual”.

Então, não resta dúvida de que o sistema recursal brasileiro deve ser examinado à luz das normas constitucionais, especialmente dos direitos fundamentais de natureza processual. As regras recursais submetem-se às determinações da Carta Magna, assim como os princípios basilares dos recursos devem ser conjugados com os postulados constitucionais fundamentais, nos termos do modelo constitucional de processo.

Dentre as premissas básicas do sistema recursal encontra-se o princípio do duplo grau de jurisdição⁵, por meio do qual é garantido ao jurisdicionado o reexame da decisão judicial por órgão distinto daquele prolator, e, de regra, superior hierarquicamente. Desse modo, “ao vencido na primeira apresentação da solução do conflito, raramente convencido desse resultado, a lei confere o direito de provocar outra avaliação do seu alegado direito, de ordinário perante órgão

⁵ Discute-se doutrinariamente a natureza jurídica do duplo grau de jurisdição. Entendendo tratar-se de princípio constitucional implícito na Constituição Federal: PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. p. 265; e BERNI, Duílio Landell de Moura. O duplo grau de jurisdição como garantia constitucional. In: PORTO, Sérgio Gilberto. (Org.) *As garantias do cidadão no processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 209. No mesmo sentido, Sérgio Gilberto Porto afirma: “não impressiona a ausência de preceito expresso contemplando como e enquanto garantia o primado do duplo grau de jurisdição, haja vista que esse, em verdade, se constitui em princípio integrante não apenas de nossa cultura jurídica, mas, mais do que isso, de nosso ordenamento por via reflexa, pois decorre do processo equitativo constitucionalmente previsto, de acesso à justiça e da própria estruturação do sistema da organização judiciária nacional posta na Constituição Federal, a qual prevê juízos ordinários e extraordinários”. PORTO, Sérgio Gilberto. *Lições de direitos fundamentais no processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 97. Lecionando no sentido de que o duplo grau de jurisdição não existe constitucionalmente, destacam-se Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart: “é correto afirmar que o legislador infraconstitucional não está obrigado a estabelecer, para toda e qualquer causa, uma dupla revisão em relação ao mérito, principalmente porque a própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, LXXVIII, garante a todos o direito à tutela jurisdicional tempestiva, direito este que não pode deixar de ser levado em consideração quando se pensa em ‘garantir’ a segurança da parte através da instituição da ‘dupla revisão’”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 7.ed. vol 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 505.

judiciário diverso e de superior hierarquia”⁶. Em que pese o duplo grau jurisdicional verticalizado ser a regra no sistema recursal, ele também se manifesta horizontalmente, nos casos em que a reapreciação do julgamento é realizada por órgão distinto e de mesmo grau hierárquico, como ocorre nos Juizados Especiais Cíveis⁷.

Na medida em que o duplo grau de jurisdição garante o reexame do julgamento, relevante compreender o instrumento por meio do qual tal princípio é realizado: o recurso.

Da mesma forma que no Código de Processo Civil vigente não há expressa conceituação de recurso, o Projeto de Lei n. 8.046/2010 não apresenta dispositivo com tal finalidade, motivo pelo qual o seu conceito deve ser elaborado a partir do cotejo das regras do sistema recursal, à luz dos princípios constitucionais. Depreendem-se das normas recursais elementos gerais que caracterizam o recurso como instrumento de impugnação de decisões judiciais a ser utilizado em uma mesma relação processual, de forma voluntária, promovendo o reexame do julgamento proferido, objetivando a sua reforma ou anulação.

As decisões judiciais podem ser impugnadas de duas formas: por meio de ações autônomas, que geralmente pressupõem o trânsito em julgado da demanda e instauram uma nova relação jurídica, como é o caso da ação rescisória; ou por intermédio de recursos interpostos no próprio processo em que proferida a decisão, prolongando o desfecho da ação⁸.

Os recursos dão continuidade a uma relação jurídica processual já existente, impugnando decisão não atingida pela coisa julgada, nos mesmos autos em que prolatado o julgamento ou em autos distintos, como ocorre com o agravo de instrumento. A interposição dos recursos ocorre dentro da mesma relação processual e exige uma decisão não atingida pela preclusão nem transitada em julgado, elementos essenciais que os diferenciam da maioria das ações autônomas.

⁶ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 68.

⁷ BERNI, Duílio Landell de Moura. O duplo grau de jurisdição como garantia constitucional. In: PORTO, Sérgio Gilberto. (Org.) *As garantias do cidadão no processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 194.

⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 28.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 114.

A interposição dos recursos opera-se por ato de vontade do interessado, sendo uma faculdade daquele que possui legitimidade para recorrer insurgir-se contra a decisão ou acatá-la. A prerrogativa de livremente acolher ou rejeitar o julgamento está respaldada no princípio da voluntariedade, desdobramento dos princípios dispositivo e da demanda em grau recursal, pelo qual se garante que ninguém será constrangido a impugnar decisão proferida⁹.

Há casos, contudo, em que a decisão obrigatoriamente será submetida ao duplo grau de jurisdição, independentemente da vontade ou do consentimento das partes. Tratam-se dos julgamentos proferidos contra entes públicos, que somente produzirão efeitos depois de reexaminados pelo Tribunal. Tal circunstância está essencialmente mantida no Projeto de Lei, nos termos do artigo 483, em seção específica, denominada de ‘remessa necessária’. Desse modo, por meio da obrigatória remessa da decisão ao segundo grau, é possível a reforma da sentença sem que contra ela tenha sido interposto recurso. A medida é excepcional no ordenamento jurídico, incidente apenas nas situações descritas na lei.

A finalidade precípua dos recursos também pode ser depreendida da análise do sistema recursal, uma vez que as espécies tipificadas visam à reforma ou à anulação das decisões judiciais, conforme se verifique erro de julgamento ou erro de procedimento. Explica Sérgio Gilberto Porto¹⁰ que “quando identificamos erros de procedimento, tende-se a cassar a decisão para que, após a correção dos vícios, outra seja proferida (*errores in procedendo*)”. Por outro lado, “se flagrado equívoco na apreciação fática ou jurídica no caso concreto, a melhor solução costuma ser o provimento do recurso para a reforma da decisão (*errores in iudicando*)”. Então, de regra, o objetivo do recurso é reformar ou invalidar a decisão recorrida. Nesse sentido, filia-se ao entendimento de Ovídio Araújo Baptista da Silva¹¹, para quem recurso “é o procedimento através do qual

⁹ PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Manual dos recursos cíveis*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 70.

¹⁰ PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Manual dos recursos cíveis*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 47.

¹¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de processo civil*. vol I. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 387-388.

a parte, ou quem esteja legitimado a intervir na causa, provoca o reexame das decisões judiciais, a fim de que elas sejam invalidadas ou reformadas pelo próprio magistrado que as proferiu ou por algum órgão de jurisdição superior”.

As funções de modificação e cassação dos julgamentos são atribuídas a todos os recursos. Aos embargos de declaração, por sua vez, atribui-se a especial finalidade de complementação e/ou esclarecimento da decisão recorrida. Apenas excepcionalmente os embargos declaratórios terão efeitos modificativos, quando decorrentes do afastamento da contradição, da omissão ou da obscuridade da decisão. Tipificado no rol das espécies recursais, o objetivo dos embargos de declaração é explicitado, por Araken de Assis¹², na sua conceituação de recurso, entendendo que eles “visam à reforma, à invalidação, ao esclarecimento e à integração do pronunciamento impugnado. O ato decisório ou é completado, ou escoimado do vício que lhe compromete a compreensão, ou desfeito, ou substituído por outro, de idêntico ou oposto teor”. O conceito extraído da lição de Nelson Nery Jr.¹³ também contempla todas as finalidades recursais, porque compreende o recurso como “meio processual que a lei coloca à disposição das partes, do Ministério Público e de um terceiro, a viabilizar, dentro da mesma relação jurídica processual, a anulação, a reforma, a integração ou o esclarecimento da decisão judicial impugnada”.

O recurso, portanto, é o meio processual cabível para impugnar a decisão judicial na mesma relação jurídica processual em que foi proferida, utilizado de forma voluntária pelos legitimados a recorrer, com o intuito de reexaminar o julgamento proferido, geralmente reformando-o ou anulando-o, por órgão distinto no mesmo grau hierárquico ou em grau superior.

3 AS ESPÉCIES E OS PRAZOS RECURSAIS

O artigo 948 do Projeto de Lei disponibiliza ao jurisdicionado nove espécies recursais. Dentre elas, a apelação, os embargos de

¹² ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 34.

¹³ NERY JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 212.

declaração, o recurso ordinário, o recurso especial, o recurso extraordinário e os embargos de divergência, expressamente previstos no Código de Processo Civil em vigor, foram mantidos no Projeto de Lei. Os embargos infringentes foram extintos e o agravo, disposto no inciso II do artigo 496 do diploma processual civil, ganhou novos contornos e está indicado nos incisos II, III e VIII sob a forma de instrumento, interno e de admissão; extinto o agravo retido.

Referentemente à inclusão dos tipos específicos do recurso de agravo, verifica-se que a sua interposição sob a forma retida, regra geral na codificação vigente, é totalmente revogada, nos termos do Projeto de Lei. O regramento proposto é no sentido de que as decisões interlocutórias proferidas até a sentença não precluem, podendo ser retomadas como objeto de impugnação por ocasião do recurso de apelação. Por essa razão, o agravo retido está extinto no Projeto de Lei, já que justamente visa a inibir a preclusão do debate de matéria decidida no curso do processo.

O agravo de instrumento, utilizado para impugnar decisões passíveis de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, no Projeto de Lei é cabível contra decisões interlocutórias que versarem sobre os assuntos exemplificativamente tipificados no seu artigo 969, mantendo-se a sua interposição para os casos de inadmissão do recurso de apelação ou dos efeitos em que ela é recebida. Os agravos interno e de admissão ganharam normatização específica, sendo o primeiro manejado contra decisões proferidas pelo relator e o outro nos casos de não admissão dos recursos especial e extraordinário.

A apresentação de rol indicativo das espécies recursais coaduna-se ao princípio da taxatividade, pelo qual não é dado ao jurisdicionado criar recursos para impugnar decisão que lhe é desfavorável, devendo limitar-se à utilização dos tipos recursais disponibilizados legalmente. Dessa forma, “sempre que a parte quiser se valer de um recurso, deve ela se certificar da existência de tal meio de impugnação e dos limites legais de sua utilização, pois ao litigante não é dada a criação de recursos em seu favor”¹⁴.

¹⁴ PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Manual dos recursos cíveis*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 59.

Ressalta-se que a taxatividade refere-se à proibição de a parte impugnar decisão com espécie de recurso inexistente no sistema e não à limitação das espécies recursais àquelas elencadas no artigo 948 do Projeto de Lei. O rol indicado na regra não encerra todos os tipos recursais, uma vez que são admitidas outras espécies em leis esparsas, como ocorre com o recurso inominado contra decisão proferida nos Juizados Especiais.

A impugnação na forma adesiva está mantida, consoante os termos do artigo 951 da proposta legislativa, sendo cabível nos recursos de apelação, no especial e no extraordinário, desde que vencidos autor e réu. Interposto o recurso por uma das partes, poderá o seu adverso, no prazo de que dispõe para respondê-lo, apresentar recurso na forma retida, dirigido ao juízo do julgamento recorrido. Por se tratar de recurso subordinado à impugnação principal, não será conhecido se desta o recorrente desistir ou se for declarado inadmissível ou deserto. Além disso, salvo disposição em contrário, deverá observar as regras do recurso independente no que refere aos requisitos de admissibilidade, ao preparo e ao julgamento no tribunal.

No que tange aos prazos para interposição e resposta das espécies recursais elencadas no artigo 948 do Projeto de Lei, merece destaque a modificação da regra do recurso de agravo. Na proposta legislativa do novo Código de Processo Civil são concedidos 15 (quinze) dias de prazo para interpor e responder todas as espécies recursais, excetuado os embargos de declaração, que permanecem com o prazo de 5 (cinco) dias para o seu manejo, conforme o §1º da referida norma. No intuito de conceder mais unidade ao sistema recursal, o período de 10 (dez) dias determinado para o agravo no diploma processual vigente foi alargado, igualando-se ao dos demais recursos.

Na contagem do prazo dos recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, o Projeto de Lei inovou, no §2º do artigo 948, impondo ao recorrente o ônus de comprovar a ocorrência de feriado local, obrigando-o a noticiar qualquer fato que influencie na tempestividade recursal.

Nesse contexto, importante destacar, de acordo com o artigo 957 do Projeto de Lei, que o marco inicial para a contagem do prazo é a data da leitura da decisão em audiência, da intimação das partes

ou da publicação no órgão oficial do dispositivo do acórdão. Em todos os casos devem ser observadas as normas dispostas no artigo 192 da proposta legislativa, que determinam: os prazos devem ser contados excluindo o dia inicial e incluindo o final; se o vencimento cair no dia em que for determinado o fechamento do fórum, o expediente for encerrado antes ou iniciado depois da hora normal, ou havendo interrupção da comunicação eletrônica, o prazo será considerado prorrogado até o primeiro dia útil seguinte; é considerada a data da publicação o primeiro dia útil após a disponibilização da informação no Diário de Justiça; os prazos iniciarão no primeiro dia útil após a intimação.

O Projeto de Lei, no artigo 186, inovou em relação ao vigente Código de Processo Civil no que refere ao prazo determinado em dias, uma vez que exclui do cômputo os dias não úteis – como sábado e domingo, devendo ser considerados na sua contagem somente os dias úteis semanais. A regra é válida apenas para os casos de aprazamento de período em dias, restando evidente que os prazos determinados em meses não se submeterão a esse regramento.

4 JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE E DE MÉRITO

Os recursos são analisados sob dois prismas diversos: o da admissibilidade e o do mérito. Preliminarmente, a impugnação é submetida ao juízo de admissibilidade no intuito de verificar o cumprimento das condições processuais para recorrer que, uma vez cumpridas, permitem o exame do juízo de mérito. Este incide sobre a matéria objeto do recurso e resulta no acolhimento ou na rejeição do pleito. Negada a admissibilidade da impugnação, resta prejudicada a análise do mérito recursal¹⁵.

Os requisitos de admissibilidade são divididos em intrínsecos – relacionados à existência do direito de recorrer, e extrínsecos – referentes ao exercício do referido direito¹⁶. O cabimento de recurso, a legitimidade para recorrer, o interesse em recorrer e a inexistência de

¹⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 28.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 116.

¹⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 28.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 116.

fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer são pressupostos intrínsecos, ao passo em que a tempestividade, a regularidade formal e o preparo constituem os requisitos extrínsecos.

O cabimento de recurso relaciona-se ao tipo de decisão que se pretende impugnar. Não são todos os pronunciamentos judiciais que comportam reexame. Somente aqueles com caráter decisório é que são passíveis de impugnação via recurso. O artigo 170 do Projeto de Lei determina que as sentenças, as decisões interlocutórias e os despachos constituem os pronunciamentos do juiz. De acordo com o §1º da citada norma, por meio da sentença o juiz extingue a execução e põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, resolvendo ou não o mérito da causa. A decisão interlocutória é o pronunciamento do juiz dotado de caráter decisório, mas que não se enquadra nos casos do parágrafo primeiro. Os despachos são os demais pronunciamentos praticados de ofício ou a requerimento da parte, desprovidos de carga decisória.

Então, ensejam medida recursal os pronunciamentos enquadrados como sentença ou decisão interlocutória. Considerando a ausência de caráter decisório, evidencia-se a impossibilidade de interposição de recurso contra os despachos. Aliás, a fim de não suscitar dúvida sobre a sua irrecorribilidade, o artigo 955 da proposta legislativa manteve a expressa vedação recursal contra o despacho, já contemplada no Código de Processo Civil em vigor.

O regramento relativo às partes legitimadas para a interposição de recurso não sofreu modificações no Projeto de Lei, tendo em vista que o artigo 950 autoriza a parte vencida, o terceiro prejudicado e o Ministério Público (como parte ou fiscal da lei) a impugnar a decisão judicial, cumprindo ao terceiro prejudicado demonstrar que o seu direito poderá ser atingido pela decisão proferida.

Todavia, a impugnação da decisão fica vedada sempre que o recorrente aceitar a decisão, assentindo com o teor do julgado de forma expressa ou por meio da prática, sem reserva, de ato incompatível com o ato recursal – tacitamente, nos termos do artigo 954 da proposta legislativa do novo Código de Processo Civil.

Havendo litisconsórcio ativo ou passivo, o recurso manejado por um litisconsorte a todos aproveita, desde que sejam comuns as

questões de fato e de direito. Da mesma forma, o recurso interposto por um dos devedores aproveitará aos outros, se comuns as defesas opostas ao credor, conforme dispõe o artigo 959 do Projeto de Lei.

O recorrente poderá abranger no seu recurso todas as matérias sobre as quais houve pronunciamento do julgador ou somente algumas delas, conforme preceitua o artigo 956 do Projeto de Lei, facultando-lhe se insurgir contra a decisão no seu todo ou em parte.

O interesse recursal decorre do binômio utilidade-necessidade do recurso, sendo útil a impugnação que possa trazer ao recorrente situação prática mais vantajosa do que a anterior e necessária quando o recurso mostra-se o único meio de que o recorrente dispõe para alcançá-la.

Por fim, a inexistência de fato impeditivo ou extintivo é imprescindível para a admissão do recurso. Reconhece-se como impeditivo o ato praticado pelo recorrente que deu causa à decisão que lhe é desfavorável, como, por exemplo, a desistência. Por extintivo entende-se o ato que faz precluir o direito de recorrer, nos casos de renúncia ou aceitação da decisão.

O princípio da voluntariedade fundamenta a regra de que tanto a desistência quanto a renúncia recursais são atos que independem da anuência da parte adversa, nos termos dos artigos 952 e 953 do Projeto de Lei. A primeira ocorre quando o recorrente desiste de recurso já aforado, abrindo mão de seu julgamento; a renúncia opera-se quando o interessado manifesta a sua vontade de não utilizar o direito de recorrer, antes da interposição da impugnação. Dessa forma, desiste-se do recurso interposto e renuncia-se ao direito de recorrer¹⁷.

A qualquer tempo o recorrente poderá desistir do recurso interposto, independentemente da concordância do recorrido ou dos litisconsortes. Inovação normativa em relação ao Código de Processo Civil vigente e exceção à regra da desistência ocorre por ocasião do julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida e recursos repetitivos afetados. Nesses casos, em razão do reconhecimento da repercussão geral no extraordinário

¹⁷ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 831-832.

e da afetação de recursos repetitivos, não é dado ao recorrente da medida representativa da controvérsia desistir da impugnação, tendo em vista que o interesse público na unificação do direito sobrepõe-se ao direito individual do recorrente¹⁸. Excepcionalmente, então, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça decidirão os recursos, ainda que haja pedido de desistência pelo recorrente, em razão do interesse público na unidade do direito, posto que o teor da decisão irradiará os seus efeitos a outros casos.

Os requisitos extrínsecos, de ordem procedimental, isto é, relativos ao exercício do direito de recorrer, também são analisados no juízo de admissibilidade. Impõe-se que o recurso seja interposto no prazo legalmente fixado e que as despesas com o seu processamento estejam quitadas no ato da sua interposição.

As disposições sobre o preparo recursal encontram-se no artigo 961 do Projeto de Lei que indica os entes públicos dispensados do preparo recursal e ressalva a possibilidade de não ser declarada a deserção, no caso de insuficiência da quantia recolhida, se o recorrente, intimado, complementá-la no prazo de 5 (cinco) dias. A proposta legislativa inova em relação ao Código de Processo Civil em vigor nas disposições dos §1º e §2º do artigo em comento. As regras determinam que a pena de deserção aplicável ao recurso sem preparo também poderá ser relevada se o recorrente provar justo impedimento ao fazê-lo, caso em que será intimado para efetuar-lo em 5 (cinco) dias; bem como que não será aplicada a deserção quando houver equívoco no preenchimento da respectiva guia de custas.

A regularidade formal diz respeito à forma de cada recurso e às especificidades que ele requer, devendo ambas ser observadas individualmente na respectiva espécie recursal a ser interposta.

O juízo de admissibilidade é exercido, na maioria dos recursos¹⁹, em duas oportunidades diferentes. Primeiro, na instância inferior,

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 180.

¹⁹ Nos termos do artigo 966 do Projeto de Lei, o juízo de admissibilidade do recurso de apelação será realizado apenas pelo Tribunal, isto é, em oportunidade única na instância superior. A disposição diferencia-se da regra do Código de Processo Civil vigente, já que nesta a admissibilidade da apelação é examinada em dois momentos: pelo órgão 'a quo', ao qual o recurso é dirigido, e pelo 'ad quem'.

pelo órgão ao qual o recurso é dirigido e, após, em razão da sua admissão ou em decorrência de impugnação da inadmissão declarada, a superior instância novamente examinará se estão preenchidos os requisitos para o seu seguimento, não ficando adstrito à declaração de admissibilidade proferida na instância inferior. Assim entende Ovídio Araújo Baptista da Silva²⁰:

na generalidade dos recursos, no direito brasileiro, o *juízo de admissibilidade* tem lugar nos dois graus de jurisdição – naquele do que se recorre (*juízo a quo*) e no *juízo recursal* (*ad quem*). Sempre que isto aconteça, a admissibilidade do recurso pelo órgão jurisdicional inferior não passa de um simples juízo de encaminhamento, portanto provisório, que não vincula o tribunal superior.

Satisfeitos os requisitos de admissibilidade intrínsecos e extrínsecos, o recurso é admitido e está pronto para o juízo de mérito, onde a matéria impugnada é, de regra, julgada pelo órgão de hierarquia superior. O órgão ‘ad quem’ proferirá o seu julgamento, de acordo com o conteúdo da impugnação interposta, manifestando-se pela reforma da decisão, caso o pleito esteja baseado em erro de julgamento - relativo à apreciação dos fatos e do direito postos em causa; ou pronunciando a invalidade da decisão, acolhendo erro no procedimento – referente às questões de ordem procedimental.

5 OS EFEITOS DOS RECURSOS

Depreende-se da lição de Araken de Assis²¹ que os efeitos dos recursos dividem-se em efeitos decorrentes da sua interposição e de seu julgamento²². A interposição do recurso desencadeia os efeitos obstativo, devolutivo e suspensivo, ao tempo em que do julgamento

²⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de processo civil*. vol I. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 396.

²¹ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 239.

²² José Carlos Barbosa Moreira também distingue os efeitos recursais em efeitos de interposição e efeitos de julgamento. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 122-128.

do recurso resulta o efeito substitutivo e aqueles decorrentes do seu acolhimento ou rejeição, bem como do conteúdo da decisão.

A interposição do recurso irradia duas consequências: impede a preclusão da matéria debatida em sede recursal e evita que a decisão, naquele momento, seja atingida pela coisa julgada. Tais situações obstativas alcançam todas as espécies recursais manejadas.

Os efeitos devolutivo e suspensivo encontram-se regulamentados nos termos do artigo 949 do Projeto de Lei, que inova em relação ao vigente Código de Processo Civil, ao determinar que, em regra, atribui-se efeito apenas devolutivo aos recursos, permitindo-se a imediata eficácia da decisão proferida, salvo disposição legal em contrário. Ao vencedor no primeiro grau jurisdicional concede-se o direito de executar provisoriamente a decisão, já que a suspensão da eficácia recursal constitui-se em medida excepcional no sistema.

A atribuição de efeito suspensivo ao recurso poderá ser pleiteada pelo recorrente desde que ele demonstre a probabilidade de provimento da sua impugnação ou se houver fundado risco de dano grave ou de difícil reparação. Em petição autônoma, o pleito deve ser dirigido ao Tribunal e, acolhida a argumentação do recorrente, o relator concederá efeito suspensivo ao recurso, obstando a imediata eficácia da decisão. Da decisão que conceder ou negar o efeito suspensivo não caberá impugnação, conforme a expressa determinação de irrecorribilidade, de acordo com o artigo 949, §4º da proposta legislativa.

Especificamente no que refere ao recurso de apelação, no momento em que o recorrente protocolizar a petição requerendo o efeito suspensivo, automaticamente impede-se a eficácia da decisão, nos termos do artigo 494, §3º do Projeto de Lei. Nesse ponto, o recurso de apelação diferencia-se dos demais, já que não é necessário aguardar o pronunciamento do relator para que ao recurso seja concedido o efeito suspensivo, embora provisório. O procedimento é explicado por Flávia Pereira Hill²³:

²³ HILL, Flávia Pereira. *Principais inovações quanto aos meios de impugnação das decisões judiciais no projeto de novo CPC*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. vol. VIII. p. 375. Disponível em: <www.redp.com.br>. Acesso em 05 de maio de 2012.

a partir do protocolo da petição avulsa perante o tribunal, a apelação passa a ostentar um efeito suspensivo 'provisório', que se produzirá até que o relator examine o pedido formulado na petição avulsa e, então, decida entre manter, agora com caráter permanente, o efeito suspensivo da apelação ou receber o recurso apenas no efeito devolutivo, fazendo, neste caso, cessar o efeito suspensivo 'provisório' (§3º do art. 949).

O efeito devolutivo consiste na devolução do conhecimento da matéria objeto de impugnação ao órgão revisor da decisão, isto é, possibilita-se que a instância de revisão reexamine as questões enfrentadas pela decisão recorrida e impugnada pelo recorrente. Colhe-se da lição de Humberto Theodoro Junior²⁴ que pelo efeito devolutivo “dá-se o restabelecimento do poder de apreciar a mesma questão, pelo mesmo órgão judicial que a proferiu ou por outro hierarquicamente superior. Não se pode, logicamente, conceber um recurso que não restabeleça, no todo ou em parte, a possibilidade de rejuízo”.

A devolutividade da matéria é analisada sob duas perspectivas: a da extensão e a da profundidade. Entende Sérgio Gilberto Porto²⁵ que, “pela primeira, aponta-se a parte da decisão que será rediscutida pelo órgão *ad quem*. A profundidade, de seu turno, relaciona-se com os argumentos que foram enfrentados pelo juízo *a quo* e que, agora, poderão ou não ser revistos pelo juízo revisor”. A extensão da matéria impugnada vincula o órgão revisor ao reexame somente daqueles pontos objeto de recurso, impedindo que o Tribunal ultrapasse os limites impostos pelo recorrente na reapreciação da decisão²⁶. A profundidade do efeito devolutivo, por sua vez, concede ao órgão revisor a ampla possibilidade de acolher ou modificar os fundamentos suscitados e discutidos, parcial ou integralmente, na decisão recorrida. A esse respeito, explica Luiz Fux²⁷:

²⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. vol.I. 48.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 653.

²⁵ PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Manual dos recursos cíveis*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 79.

²⁶ FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. vol.I. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 955.

²⁷ FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. vol.I. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 957.

essa cognição ampla em profundidade em nada infirma o princípio da devolução, porquanto, respeitados os limites da impugnação *em extensão*, é ampla a profundidade dessa devolução, de maneira que se permite ao órgão *ad quem* justificar o seu julgado através de fundamentos suscitados ou suscitáveis em primeira instância. Sob outro ângulo, se a decisão omitiu-se em relação a qualquer desses fundamentos, nem por isso a causa deve retornar para que o juiz a aprecie. O próprio tribunal pode conhecê-los e considerá-los ao apreciar o recurso.

Considerado excepcional no Projeto de Lei, o efeito suspensivo dos recursos visa a obstaculizar a eficácia da decisão, impedindo que o vencedor execute provisoriamente o julgamento pendente de decisão em grau recursal, isto é, “impede-se que a decisão recorrida produza efeitos desde logo, somente podendo produzi-los depois do julgamento do recurso e do respectivo trânsito em julgado dessa decisão”²⁸. Para Ovídio Araújo Baptista da Silva²⁹, “diz-se que determinado recurso possui efeito suspensivo quando sua interposição impede que os efeitos da sentença impugnada se produzam, desde logo, prolongando, assim, o estado de ineficácia peculiar à sentença sujeita a recurso”.

No que tange ao efeito substitutivo, decorrente do julgamento dos recursos, a regra do artigo 962 da proposta legislativa do novo Código de Processo Civil expressamente o prevê, na medida em que determina que tanto a decisão interlocutória quanto a sentença impugnada, no que tiverem sido objeto de recurso, serão substituídas pelo julgamento proferido pelo Tribunal. Entendendo tratar-se de um efeito derivativo do efeito devolutivo, afirma Humberto Theodoro Junior³⁰: “se ao órgão *ad quem* é dado reexaminar e redecidir a matéria cogitada no decisório impugnado, torna-se necessário que somente um julgamento a seu respeito prevaleça no processo. A última, portanto, isto é, a do recurso, é que prevalecerá”.

²⁸ NERY JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 428.

²⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de processo civil*. vol I. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 392.

³⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. vol.I. 48.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 654.

O julgamento proferido pelo órgão revisor substituirá as decisões de primeiro grau mesmo que estas sejam mantidas em sede recursal. Leciona Sérgio Gilberto Porto³¹:

para a caracterização do efeito substitutivo, basta a análise do seu mérito, desimportando se, ao final desse procedimento, a decisão é mantida ou alterada, pelo êxito ou fracasso da insurgência. Em qualquer das hipóteses, incide o efeito substitutivo, existindo a legítima substituição da decisão anterior.

Além do efeito substitutivo, o julgamento do recurso desencadeia efeitos conforme seja negado seu seguimento ou seja ele conhecido. Extrai-se do ensinamento de José Carlos Barbosa Moreira³² que, negado seguimento ao recurso, evidencia-se a sua inadmissibilidade, circunstância que impede a realização do juízo de mérito, resultando no trânsito em julgado da decisão. Analisado o seu mérito, nega-se provimento ao recurso por infundada a impugnação, ou dá-lhe provimento para reformar ou anular a decisão recorrida.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema recursal, relativamente à parte geral, aprovado o Projeto de Lei n. 8.046/2010, é pontualmente inovado e modificado. Os recursos mantêm o seu objetivo de reexaminar a matéria decidida com foco, regra geral, na sua reforma ou invalidação, concedendo às partes, ao Ministério Público e ao terceiro interessado a legitimidade para recorrer. O âmbito dos pronunciamentos judiciais é mantido, permanecendo a sentença e a decisão interlocutória passíveis de recurso e os despachos irrecorríveis. O juízo de admissibilidade e o de mérito dos recursos não apresenta inovações, devendo adequar-se aos regramentos vigentes.

As espécies e os prazos recursais, bem como os efeitos dos recursos possuem normatização diferenciada no Projeto de Lei

³¹ PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Manual dos recursos cíveis*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 89.

³² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 128.

em relação ao Código de Processo Civil vigente. Nota-se que os embargos infringentes não são mais cabíveis e o agravo, agora subdividido sob a forma de instrumento, de admissão e interno ganha nova roupagem no Projeto de Lei, sendo extinto o agravo retido. Relativamente aos prazos recursais, a fim de uniformizar o sistema, a proposta legislativa normatiza que ao jurisdicionado é concedido o prazo de 15 (quinze) dias para interpor e responder aos recursos, aí incluído o recurso de agravo. Todavia, o prazo dos embargos de declaração permanece inalterado.

O regramento referente aos efeitos dos recursos foi substancialmente reformulado no Projeto de Lei, determinando-se como regra geral apenas o efeito devolutivo do recurso, permitindo a imediata eficácia da decisão, sendo que o efeito suspensivo poderá ser atribuído ao recurso, nos termos da lei, como medida excepcional.

Portanto, as normas gerais que regem o sistema recursal devem ser analisadas com cuidado, mormente no que diz respeito às espécies recursais disponibilizadas aos litigantes e ao efeito devolutivo com o qual será recebido o recurso, inovações relevantes contidas no Projeto de Lei n. 8.046/2010, indicando as normatizações do novo Código de Processo Civil.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de processo civil*. vol.1. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 28.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol.V 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BERNI, Duílio Landell de Moura. O duplo grau de jurisdição como garantia constitucional. In: PORTO, Sérgio Gilberto. (Org.) *As garan-*

tias do cidadão no processo civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. vol.I. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.) *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

HILL, Flávia Pereira. *Principais inovações quanto aos meios de impugnação das decisões judiciais no projeto de novo CPC*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. vol. VIII. Disponível em: <www.redp.com.br>. Acesso em 05 de maio de 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 7.ed. vol 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NERY JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ORIONE NETO, Luiz. *Recursos cíveis*. São Paulo: Saraiva, 2002.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Lições de direitos fundamentais no processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____; USTÁRROZ, Daniel. *Manual dos recursos cíveis*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. (Org.) *As garantias do cidadão no processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. vol.I. 48.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TORRES, Artur. *Constituição, processo e contemporaneidade: o modelo constitucional do processo brasileiro*. *Revistas Temas Atuais de Processo Civil*. Porto Alegre: ano 1, volume 1, n. 2, p. 44-80.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. vol.1. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.



DA INTERRUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL PELO INGRESSO EM JUÍZO: DA PREVISÃO INSCRITA NO INCISO I DO ARTIGO 202 DO CÓDIGO CIVIL

Guilherme de Souza Fallavena

1 INTRODUÇÃO

A jurisprudência pátria sempre considerou como marco interruptivo da prescrição a data do ajuizamento de uma demanda, por força do § 1º do artigo 219 do CPC. A doutrina, apesar de vacilante quanto ao tema, tendia a ir pelo mesmo caminho. Dessa forma, assistiria sempre razão a quem despreocupadamente ingressa com uma ação no último dia do prazo prescricional, já que prescrita não estaria a sua pretensão.

A aplicação dos §§ 2º e 3º do artigo 219 do CPC, e principalmente do § 4º do mesmo artigo, no mais das vezes acabava sendo relegada, já que a demora na citação, desde que imputável ao Poder Judiciário, não poderia ser vista em prejuízo do autor da ação.

Entretanto, qual regramento deverá ser aplicado se a demora for imputável ao autor da ação? Não há dúvidas de que a prescrição é instituto de direito material cujos efeitos fáticos interessam tanto ao autor quanto ao réu, sendo certo que a sua análise deve ser feita sob essas duas óticas.

A par disso, cumpre indagar, qual é a eficácia prática da fixação do marco interruptivo da prescrição pelo despacho que a ordena, tal como passou a constar do inciso I do artigo 202 do Código Civil, em lugar de se o fixar por ocasião do próprio ato citatório?

Com efeito, o Diploma Processual prevê como um dos efeitos da citação válida a interrupção da prescrição, marco que, por força do parágrafo 1º do art. 219, retroagirá à data da propositura

da demanda. Tendo em vista que a prescrição somente poderá ser interrompida uma vez (art. 202, *caput*, do Código Civil), é relevante fixar-se quando ocorrerá a interrupção, sobretudo porque, como visto, o inciso I do referido art. 202 a determina pelo despacho que ordenar a citação, momento diverso daquele fixado pelo Código de Processo Civil.

Para a análise em questão, é necessário, contudo, que se vençam algumas questões preliminares. A possibilidade de revogação tácita de uma lei por outra posterior, positivada no parágrafo 1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), sempre foi um dos pilares de que o intérprete se poderia valer para concluir sobre a vigência ou não de determinado dispositivo legal. A Lei Complementar 95/98, com as alterações trazidas pela LC 107/01, todavia, previu a necessidade de revogação expressa, no que conflitaria com a previsão da LICC. É imperativo, dessarte, resolver-se essa questão para, depois, verificar qual será o marco interruptivo da prescrição. Para tanto, os argumentos que serão abordados no presente artigo envolvem a interpretação sistemática dos dispositivos, bem como o fato de ser intolerável a existência de contradições performativas. Com efeito, sempre que for possível, a interpretação sistemática de dispositivos conflitantes auxiliará o intérprete a delimitar quais normativos vigem integralmente, quais apenas parcialmente vigem e, finalmente, quais não vigem mais. A partir desse raciocínio, e solvidas as questões acima delimitadas, será possível não apenas estabelecer de fato qual é o marco interruptivo da prescrição, mas, e com maior relevância prática, os efeitos da não interrupção, em face da intempestiva ocorrência desse termo.

2 QUESTÕES PRELIMINARES: A POSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO E DERROGAÇÃO TÁCITAS

Sempre norteou o aplicador do direito a regra de que a norma posterior revoga a anterior naquilo que lhe for contrário. Neste sentido, aliás, é o artigo 2.º, § 1º da LICC, *in verbis*:

Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º. A lei nova revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

Entretanto, com a evolução por que passou a Lei Complementar 95/98, dúvidas passaram a surgir. Previa inicialmente o artigo 9º da precitada lei que “Quando necessária a cláusula de revogação, esta deverá indicar expressamente as leis ou disposições legais revogadas”. Com o advento da LC 107/01, foi conferida ao citado artigo 9º maior rigidez, passando este a constar com a seguinte redação: “A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas”. Diante disso, a lei que conflitar com outra que a anteceder deverá, expressamente, revogar aquela no que lhe contrariar.

Muito embora a intenção da LC 95/98 seja a de dar maior sistematicidade ao direito, e evitar dúvidas interpretativas como aquelas que havia apenas com a cláusula genérica de revogação (“revogam-se as disposições em contrário”), em que às vezes não se sabia com exatidão sobre o vigor ou não de determinada lei ou artigo de lei, tal previsão conflita com a prática do legislador brasileiro, e despertou fortes críticas doutrinárias. Aliás, merece crítica severa o fato de a LC 95/98 não ter alterado a redação do artigo 2º, § 1º da LICC, fazendo com que a própria LC 95/98 conflitasse consigo mesma, o que se analisará mais adiante.

Para Aristides Medeiros, em trabalho no qual tece duras críticas ao artigo 9º da LC 95/98, referido dispositivo deverá ser aperfeiçoado,

“porquanto, como está, é de ser compreendido que agora só será possível revogação se a respectiva norma vier a ser expressamente enunciada, entendendo-se, portanto, que a revogação terá ficado circunscrita à hipótese contida no início do § 1º do art. 2º da chamada Lei de Introdução ao Código Civil, daí então não mais subsistindo as outras duas alternativas”.¹

¹ MEDEIROS, Aristides. *LICC: Derrogação?*. Disponível em <http://www.advogado.adv.br/artigos/2003/aristidesmedeiros/liccderrogacao.htm>. Acesso em 14.6.2012, às 17:24.

Embora se concorde que deva ser alterado o artigo 9º da LC 95/98, uma vez que realmente há ensejo a dúvidas interpretativas, não se concorda com a solução a que chegou Aristides Medeiros. Ocorre que, acaso se faça a interpretação literal do indigitado dispositivo, ter-se-á o caos no sistema jurídico brasileiro: duas leis sobre a mesma matéria vigirão ao mesmo tempo, exceto quando a anterior for expressamente revogada.

Maria Helena Diniz, quando comenta o art. 2º da LICC, afirma que, havendo dúvida quanto à compatibilidade de duas leis – ou seja, colisão não-frontal –, “dever-se-á entender que as leis ‘conflitantes’ são compatíveis, uma vez que a revogação tácita não se presume. A incompatibilidade deverá ser frontal, de tal modo que a execução da lei nova seja impossível sem destruir a antiga”.²

Diante disso, e à vista da dúvida interpretativa, o primeiro passo é examinar se há colisão frontal entre o que disciplina o art. 9º da LC 95/98 e o § 1º do art. 2º da LICC. Em havendo, por esse prisma terá ocorrido a derrogação. Não havendo, será cabível a interpretação de modo a se fazer cessar a antinomia entre ambas as disposições.

Dispõe o art. 2º, § 1º da LICC sobre a possibilidade de revogação tácita em nosso ordenamento jurídico, possibilidade esta que adveio do Direito Romano, sendo vista, inclusive, como um de seus princípios.³ O art. 9º da LC 95/98, por sua vez, traz a necessidade de se enumerar, expressamente, aquilo que se está revogando. Note-se, todavia, que não há cominação de não-vigência à lei que desrespeita o art. 9º. O normativo apenas determina que deva haver a revogação expressa, sem cominar, contudo, consequências para quando não for cumprida referida determinação.

Neste delineamento, a nosso ver, não há incompatibilidade frontal entre ambos os dispositivos, porquanto é possível interpretá-los conjuntamente, vendo-se um como complemento do outro. Interpretando-se visando a eliminar a aparente antinomia, a solução mais adequada é interpretar o dispositivo como sendo uma ordem dada ao legislador para que este, quando elaborar uma lei

² DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada.*, p. 61. São Paulo: Saraiva, 2001.

³ DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada*, p. 61. São Paulo: Saraiva, 2001.

que conflite com outra, expressamente a revogue. Ante a ausência de implicações face ao não cumprimento dessa ordem, a nova lei revogará tacitamente aquela contra a qual conflitar, nos termos do art. 2, § 1º da LICC.

2.1 A Revogação Parcial do Parágrafo 1º do Artigo 2º da LICC pelo Artigo 9º da Lei Complementar 95/98: uma intolerável contradição performativa

A questão também desafia a análise por outro ângulo. Quando entrou em vigor a LC 95/98, vigia o sistema da LICC, que, em seu artigo 2º, § 1º, permitia a revogação tácita de uma lei por outra posterior que com aquela conflitasse. Advindo a referida lei complementar, com as alterações trazidas pela LC 107/01, houve a introdução em nosso sistema jurídico da necessidade de a cláusula de revogação conter expressamente os dispositivos a que estará revogando. Entretanto, descumprindo seu próprio mandamento, tanto a LC 95/98 em sua redação original, quanto a LC 107/01 que a alterou, olvidaram-se de revogar expressamente o § 1º do art. 2º da LICC.

A partir da entrada em vigor de uma lei, ocorrem dois tipos de consequências jurídicas: aquelas que o seu texto de fato deseja regulamentar e a revogação, expressa ou tácita, dos normativos que com ela conflitam. Note-se que essas consequências são simultâneas, não ocorrendo uma após a outra.⁴ Neste sentido, quando a LC 95/98 entrou em vigor, ela teria, ao mesmo tempo, determinado a necessidade de revogação expressa e derogado tacitamente o § 1º do art. 2º da LICC no que atine à possibilidade de revogação tácita. Ou seja, no mesmo ato que previa a necessidade de revogação expressa, estava presente a sua própria negação.

Jürgen Habermas, quando analisa a existência de pressupostos de validade do discurso, explica que, para o argumento válido, há regras básicas que necessitam ser seguidas. Não as seguindo, estar-se-á diante de uma violação àquilo que o mencionado autor chamou

⁴ Explique-se: os artigos de lei que tratam dos ditames jurídicos objetivados pela lei nova entrarão em vigor conjuntamente com a revogação expressa ou tácita da regulação precedente. Assim, é possível verem-se dois efeitos simultâneos ocorridos a partir da entrada em vigor da lei nova.

de “condições universais de compreensão do possível”⁵. Neste sentido, o discurso válido deverá atender a determinados requisitos; do contrário, haverá a sua *incompreensibilidade*. Perceba-se que o “agir orientado para o entendimento mútuo” é regulado por normas que pressupõem a sua aceitação universal, ainda que inconscientemente. Assim, nas palavras de Habermas,

“o agir comunicativo pode ser compreendido como um processo circular no qual o ator é as duas coisas ao mesmo tempo: ele é iniciador, que domina as situações por meio de ações imputáveis; ao mesmo tempo, ele é também o produto das tradições nas quais se encontra, dos grupos solidários aos quais pertence e dos processos de socialização nos quais se cria”.⁶

Assim, visando ao agir comunicativo, aquele que argumenta o fará não apenas levando em consideração suas próprias experiências, mas aquelas atinentes ao grupo em que se encontra. O argumento, para bem ser compreendido, deverá ser dirigido ao interlocutor de modo que este compreenda aquilo que se lhe está dizendo.

Um dos requisitos do discurso válido é evitar a ocorrência daquilo que Karl-Otto Apel chamou de “contradição performativa ou pragmática”⁷, na qual uma afirmação contém, em si, a sua própria negação.⁸ Neste sentido, transpondo-se a necessidade de evitarem-se contradições performativas como pressuposto de validade univer-

⁵ HABERMAS, Jürgen. *WasheisstUniversalpragmatik?*, citado por OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p. 321.

⁶ HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 166.

⁷ Vale referir que Apel valeu-se da própria ideia de contradição performativa para afirmar a existência de pressupostos do discurso válido, opondo-se à negação do cético. Quando este argumentasse pela inexistência de tais requisitos, já estaria utilizando tais pressupostos para argumentar, incorrendo em contradição performativa. Assim, “O que se demonstra são princípios que, mesmo quando negados, ressurgem em sua verdade. Nós não podemos; não só nós, ninguém pode negá-los, sem que, da negação, ressurja nova afirmação”. (PIZZI, Jovino. *Ética do Discurso. A racionalidade ético-comunicativa*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1994, p. 104.)

⁸ São exemplos de (auto) contradição performativa a afirmação de “eu não existo”, ou “eu não estou aqui” dirigidas a um determinado interlocutor. O simples ato de falar nega aquilo que se está falando.

sal do discurso aos textos legislativos, há necessidade de se fazer a interpretação sistemática de ambos os normativos em análise.⁹ Se assim não se o fizer, entendendo-se haver choque entre ambos os dispositivos, e mais, aceitando-se a revogação tácita da norma que a permite, restará absolutamente incompreensível a regra trazida pela LC 95/98, em seu artigo 9º. Ora, é ou não possível a revogação tácita? Se não, como esta ocorreu em relação à parte do § 1º do art. 2º da LICC? Se sim, por que não é eficaz a norma que determina a revogação expressa (art. 9º da LC 95/98)?

Neste delineamento, com a necessidade de interpretação sistemática, evitando-se a contradição performativa que se teria acaso fosse permitida a revogação tácita justamente do artigo que a permite, é possível chegar-se novamente à ideia a que já se chegou, de ver-se o art. 2º, § 1º da LICC como ainda vigente – mantendo-se a permissão à revogação tácita – sendo o art. 9º da LC 95/98 um comando ao legislador para que proceda à revogação expressa. Descumprindo referido comando, implicação alguma haverá, nos próprios termos da LC 95/98, aliás, que não prevê consequências ao descumprimento.

⁹ Neste sentido, e indo além, quando afirma que em nosso ordenamento jurídico não pode haver paradoxos ou contradições (método interpretativo lógico-sistemático), sustenta Alexandre Freitas Câmara (*Lições de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 25/6) que “é por esta razão, e nenhuma outra, que a Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo 2º, § 1º, dispõe no sentido de que a lei posterior revoga a anterior quando com ela for incompatível”. Não há dúvida de que este é outro argumento no sentido da vigência integral do § 1º do art. 2º da LICC. Entretanto, no ponto em análise, faz-se desnecessário o exame por este prisma. De fato, o sistema jurídico deve ser interpretado evitando-se as contradições em geral e, com efeito, a possibilidade de revogação tácita as evita. Nada obstante, tem-se, aqui, um tipo de contradição específica, tratando-se, pois, de contradição performativa. Assim, define-se a vigência da revogação tácita não apenas porque, se assim não se o fizesse, tal implicaria contradições no sistema. Valemo-nos de outro argumento, que, para o caso, apresenta-se mais apropriado. Uma vez aplicados os pressupostos do discurso válido às previsões legislativas, mantém-se a vigência do normativo que permite a revogação tácita, porque a norma que pretendia revogá-lo, ela mesma, padeceria de vício de contradição se fosse entendida naquele sentido. Diante disso, seja ou não o § 1º do art. 2º da LICC redundante em relação ao próprio sistema vigente – e, se assim o fosse, a revogação tácita existiria, havendo ou não o referido dispositivo – mantém-se a possibilidade da citada revogação em razão de a norma que poderia supostamente tê-la revogado negar o seu próprio objetivo (contradição performativa).

3 INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO ARTIGO 219 E SEUS PARÁGRAFOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COM O INCISO I DO ARTIGO 202 DO CÓDIGO CIVIL

3.1 O Despacho que Ordena a Citação como Marco Interruptivo da Prescrição

Continuando a vigor o art. 2º, § 1º da LICC, tem-se como possível a revogação ou derrogação tácitas em nosso ordenamento jurídico. Assim sendo, é forçoso que se analise a ocorrência de incompatibilidades entre o novo texto – do Código Civil – com o texto preexistente do Código de Processo Civil. Isto porque não houve revogação expressa deste por aquele, ou alteração de texto, o que, certamente, seria de melhor técnica legislativa.

O artigo 219 do CPC, em seu *caput*, dispõe sobre vários efeitos da citação válida, *in verbis*:

Art. 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*. (original sem grifos)

Por sua vez, o artigo 202 do Código Civil fixa diversos marcos interruptivos da prescrição. Recebe relevo, entretanto, o inciso I do mencionado normativo, *in verbis*:

Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, **dar-se-á:**
I. **por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação**, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual. (original sem grifos)

Analisando ambos os dispositivos, tem-se uma percepção aparente de o primeiro, o Código Civil, ser norma mais benéfica ao credor, uma vez que disciplina a interrupção da prescrição pelo despacho do juiz que ordena a citação, desde que o interessado cumpra determinados requisitos. A norma processual, por sua vez, define mencionada interrupção pela ocorrência da citação válida, o

que necessariamente ocorrerá em momento posterior ao despacho que a ordena. Entretanto, havendo norma que determina que a interrupção da prescrição retroaja à data da propositura da ação, em princípio maiores questões não haveria. Aliás, é isto que leva alguns autores a mencionarem que, independentemente de qual seja a causa interruptiva (o despacho ou o próprio ato citatório), uma vez interrompida a prescrição, tal marco deverá retroagir à data do ajuizamento da demanda.¹⁰ Discordamos, contudo, de que seja irrelevante a distinção, sobretudo porque a interpretação da lei não pode pressupor a existência de palavras vãs, nem esvaziar por completo os seus conteúdos.¹¹

Tendo em vista que a prescrição somente poderá ser interrompida uma vez, ou a referida interrupção ocorrerá pelo despacho do juiz que ordena a citação (art. 202, I do CC), ou com a ocorrência desta (art. 219, *caput*, do CPC). A retroação do marco interruptivo à data da propositura da demanda é algo que deverá ser analisado posteriormente. Antes, todavia, faz-se necessário fixar efetivamente qual será o marco interruptivo, a partir do qual poderá haver a retroação.

O Código Civil, quando define que o marco interruptivo será o despacho que ordena a citação, é norma mais recente do que o dispositivo do Código de Processo Civil que fixa a referida interrupção pela citação. É certo, portanto, que, havendo incompatibilidade entre ambas as disposições, e sendo aplicado o art. 2º, § 1º da LICC, vigorará a mais recente, ou seja, a disposição do Código Civil. Com efeito, tal incompatibilidade ocorrerá quando preenchidas com exatidão as disposições do art. 202, I do Código Civil. Como visto, a prescrição somente poderá ser interrompida uma vez. Neste sentido, desde que o interessado promova a citação no prazo e forma definidos pelo direito processual (requisitos do art. 202, I, do CC), a prescrição interromper-se-á pelo despacho, e não se haverá de falar

¹⁰ Por todos, NERY JÚNIOR, Nelson. *Código Civil Comentado*, p. 304.4.^a ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

¹¹ No sentido do texto, com outras palavras, consignando-se, todavia, que a publicação não está atualizada com o Código Civil vigente, CORREIA, André de Luiz. *A citação no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 79.

em *efetuação* do ato citatório.¹²¹³ Para o caso, é cabível a aplicação do art. 2º, § 1º da LICC, haja vista o Código Civil, mais recente, ter regulado o momento de interrupção da prescrição em ocasião diferente daquela que é prevista no Código de Processo Civil.¹⁴

Situação diversa se apresenta quando o interessado deixa de cumprir os pressupostos definidos pelo art. 202, I do CC. Neste caso, a interpretação *a contrario sensu* da disposição civil indica que o despacho que ordena a citação não será o marco interruptivo da prescrição. Todavia, é certo que em algum momento deverá aquela ser interrompida. Isso evita a hipótese de o autor ajuizar tempestivamente a demanda, mas, por descuido, olvidar-se de promover a citação de acordo com o que preceitua o Código Civil e, como nesse caso a interrupção da prescrição não se dará pelo despacho, se outro não fosse o marco interruptivo, ter-se-ia um processo absolutamente

¹² Discorda-se da interpretação a que chegou Nelson Nery Júnior, para quem a interrupção da prescrição é “ato-complexo”, que se inicia pelo despacho e se completa pela citação (NERY Jr., *Comentários...*, 9ªed., p. 406). Em verdade, tal interpretação esvazia por completo a norma de direito civil. Aliás, de que adianta interromper a prescrição pelo despacho, mas permitir que retroaja a interrupção à data da propositura apenas após a ocorrência da citação? Por esse entendimento, de fato, a interrupção estaria se dando pela citação, e não pelo despacho.

¹³ Quando analisa a matéria, em capítulo específico, Arruda Alvim (*Manual de Direito Processual Civil*, p. 255) entende ser o ato citatório o marco interruptivo, desde que “o interessado promova a citação no prazo e na forma da lei processual”. Indo além, assevera Arruda Alvim que tal marco poderá “retroagir ao momento do despacho do juiz”, desde que a citação “se aperfeiçoe nos moldes da lei processual” (idem, *ibidem*). Divergimos, porém. Com efeito, o requisito de a citação ser promovida na forma e prazo da lei processual é previsto no Código Civil para quando o *despacho* for o marco interruptivo, e não o ato citatório. É mais: o requisito de que a citação se *aperfeiçoe* de acordo com a lei processual esvazia a hipótese de o despacho ser o marco interruptivo. Por fim, somente se poderá falar em retroação do marco interruptivo à data do despacho na excepcional hipótese de a citação ser o marco interruptivo, e existir apenas um juízo competente (art. 263 do CPC). Tal questão será analisada mais detidamente no ponto 5.

¹⁴ Como se verá, no caso em exame seria possível resolver a questão apenas pela interpretação sistemática pura dos normativos; optamos, contudo, por utilizar a LICC, e a possibilidade de revogação tácita positivada por ela, visando a imprimir maior clareza à ideia defendida. A incompatibilidade real havida no caso de preencherem-se as exigências do art. 202, I do CC, e a norma do art. 219 do CPC, sobretudo porque a interrupção da prescrição somente poderá ocorrer uma vez, é mais bem solucionada pela aplicação da revogação tácita do que pela simples interpretação sistemática.

inútil diante da ocorrência da prescrição no curso da demanda. Neste caso, não se haverá de falar em tutela do credor negligente, como em princípio se poderia pensar, mas sim em tutela do processo (e dos atos praticados), que não pode deixar de ser útil. Por isso, acaso não fosse interrompida a prescrição em algum momento, ter-se-ia a situação de, no curso da demanda, o juiz decretar uma prescrição cujo prazo se iniciou antes de aquela ser proposta e consumado no decorrer dessa, o que é inadmissível. Aliás, merece ressaltar que a questão se refere indiretamente à efetividade do processo: imagine-se, ainda no raciocínio em que, não ocorrida a interrupção pelo despacho, esta não mais ocorreria, a situação de um processo ajuizado tempestivamente, mas que o autor, por negligência, deixou de cumprir os requisitos do art. 202, I do CC. Conjeture-se, ainda, que, no exemplo, a prescrição se daria após um ano do início da demanda. Neste exemplo, durante esse um ano em que a pretensão teria vida, o juiz deveria praticar todos os atos tendentes a solucionar a lide proposta, como oitiva de testemunhas, eventual realização de perícia etc. Após esse um ano, ignorando todos os atos praticados, seria decretada a prescrição, e, conseqüentemente, extinto o processo.¹⁵¹⁶¹⁷ E mais: de

¹⁵ Perceba-se que o processo deixaria de ser efetivo, uma vez que, pela demora que lhe é íncita, provavelmente inafastável, deixaria de ser entregue a solução do conflito às partes, apesar dos inúmeros atos praticados, por força de uma prematura e extemporânea incidência da prescrição. Por outro lado, imprimir maior rapidez aos processos nos quais a prescrição fosse iminente, justamente visando a dar efetividade ao processo, seria injusto, uma vez que poria em situação privilegiada o autor que, em que pese tenha ajuizado a ação a tempo, foi negligente ao não promover a citação no prazo ou forma da lei processual. Oportunamente, refira-se que a economia processual e, como seu corolário lógico, a idéia de se evitar a prática de atos inúteis, já era o objetivo do professor Galeno Lacerda (*Despacho Saneador*, 3ª ed., p. 9) quando, em 1953 – data da primeira edição da festejada obra –, noticiava as vantagens daquela decisão para o processo. Situação esdrúxula seria, contudo, se, ao argumento de não se interromper a prescrição em momento algum (à vista da negligência do autor da demanda ao não cumprir as formalidades exigidas para a citação), fosse ao juiz dada a possibilidade de, quando da decisão saneadora, extinguir o feito diante da prescrição que se anunciava de provável ocorrência no curso da demanda.

¹⁶ Relação de semelhança se pode perceber entre a situação em análise e outra, que lhe é afeita, no que toca aos motivos por que a prescrição, uma vez interrompida, seja pelo despacho (regra), seja pela citação (exceção), só irá novamente iniciar seu curso quando do trânsito em julgado da demanda, ou

modo algum se poderia pensar em essa demanda ser extinta antes da decorrência integral do prazo prescricional, uma vez que isso necessariamente teria que partir de um exercício premonitório do julgador, que, reconhecendo-se moroso, deixaria de praticar atos inúteis à vista de uma prescrição que, por pressentimento, certamente (!)consumar-se-ia¹⁸

Diante disso, e objetivando a não produção de atos inúteis, no caso em que o despacho não for o marco interruptivo da prescrição, ante a lacuna deixada pelo Código Civil, o marco interruptivo será

quando a parte, ainda no decorrer desta, mostrar-se negligente, deixando de praticar atos que lhe incumbiam. Ora, acaso se permitisse o imediato reinício do lapso prescricional, chegar-se-ia à situação absurda de os processos cujos prazos prescricionais são menores deverem ser julgados em menor tempo, objetivando a não ocorrência de prescrição intercorrente. Aliás, diga-se, este tipo de prescrição existe em nosso sistema apenas em caráter de excepcionalidade, o que denota a intenção não apenas de tutelar o direito do credor solerte, como também o próprio processo, em que não é admissível a prática de atos inúteis. Sobre o ponto, com incursões no direito comparado, vejam-se os comentários de Arruda Alvim (*Manual de Direito Processual Civil*, v. 2, p. 256/260).¹⁷ Existe possibilidade de prescrição intercorrente, diga-se. Entretanto, além de se tratar de exceção, como referido na nota anterior, tal ocorrência dá-se em situação diversa da que é aqui apresentada. Defendemos não haver prescrição intercorrente para quando o autor, ainda antes de se consumir a prescrição (todavia, a destempo do art. 202, I do CC), promove a citação do demandado, e, sempre antes da ocorrência da prescrição, aquela se consuma. Neste caso, para que houvesse prescrição intercorrente, deveria ser somado o lapso temporal anterior à citação àquele que lhe sobrevier, o que entendemos ser absurdo. Situação absolutamente diversa é a que é tratada por clássica decisão do STF (RE 72.444, de 06.10.1971, rel. Min. Amaral Santos), na qual se afirma que “se verifica a prescrição intercorrente, quando a causa fica sem andamento pelo prazo respectivo”. Neste caso, não há soma de lapsos temporais: conta-se, para a prescrição, apenas o tempo em que a causa ficou parada, sendo absolutamente desconsiderado, como propugnamos, o período temporal decorrido antes do ajuizamento da demanda ou da ocorrência da citação (quando, se não prescreveu antes, já deverá ter havido a interrupção).

¹⁸ Aliás, a hipótese de extinguir o processo presumindo-se a ocorrência futura da prescrição tratar-se-ia de uma evidente má aplicação do *princípio econômico*, que, na busca de “obter o máximo do processo com o mínimo dispêndio de tempo e de atividade”, tal qual assevera Nelson Nery Júnior (*Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, p. 25), deixar-se-iam de ser observadas “as garantias das partes e as regras procedimentais e legais que regem o processo civil” (idem, *ibidem*).

a citação válida¹⁹, sendo essa a única hipótese em que a disposição do *caput* do art. 219 do CPC continuará a vigor integralmente.²⁰ Repise-se, nada obstante, tratar-se a aplicação do art. 219 do CPC de uma exceção à regra, à vista de o Código Civil omitir-se sobre quando a prescrição será interrompida em caso de descumprimento dos requisitos fixados. A regra, como visto, é a aplicação do art. 202, I do CC, interrompendo-se a prescrição pelo despacho que ordena a citação.

Discorda-se, neste sentido, da interpretação a que chegou Flávio Luiz Yarshell²¹, para quem, tendo em vista tratar-se o Código Civil de um projeto que permaneceu longos anos no Congresso Nacional, a mudança havida em 1994²², que alterou o § 1º do art. 219 do CPC²³ seria posterior às mudanças trazidas pelo Código Civil, em 2002. Ora, ainda que fossem ignoradas as emendas feitas ao projeto de Código Civil, bem como a sua revisão nos anos por que tramitou, quando a LICC prevê a revogação tácita de uma lei por outra posterior, o faz com base na entrada em vigor da mais nova, sendo esse o marco que se deverá analisar. Assim, o Código Civil é,

¹⁹ É de se notar que outra solução não restaria, senão considerar-se a citação como marco interruptivo. Para o caso, em que a disposição mais recente (Código Civil) não dispõe qual será o marco interruptivo, e tendo em vista que em algum momento deverá ser interrompida a prescrição, há de ser aplicada a disposição processual, que, além disso, neste particular não se choca sequer obliquamente com o que dispôs o Código Civil. Refira-se, entretanto, ser esta a única hipótese para a qual vigerá integralmente o *caput* do art. 219 do CPC, porquanto, quando preenchidas as condições do art. 202, I do CC, este, e não aquele, definirá o marco interruptivo.

²⁰ Neste sentido, com pequenas variações, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2007, p. 111.

²¹ YARSHELL, Flávio Luiz. A interrupção da prescrição pela citação: Confronto entre o novo Código Civil e o Código de Processo Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4089>>. Acesso em: 14 jun. 2012.

²² Alteração trazida pela Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994.

²³ Assim dispunha o § 1º antes de sua alteração: “A prescrição considerar-se-á interrompida na data do despacho que ordenar a citação”. Nada era dito a respeito da retroação do marco interruptivo à data da propositura da demanda.

de fato, mais recente do que a alteração do art. 219, § 1º do CPC, e, havendo contradição, aquele revogará este, e não o contrário.²⁴

3.2. A Necessidade de Promoção da Citação na Forma e no Prazo da Lei Processual

3.2.1 A Questão do Prazo

É requisito do art. 202, I do CC que o interessado na interrupção da prescrição promova a citação na forma e prazo da lei processual – presentes nos §§ 2º e 3º do artigo 219 do CPC.

No direito brasileiro, a citação não é efetivada diretamente pelo autor da ação, mas por ordem do juiz dirigida aos auxiliares da justiça. Neste sentido, a promoção da citação feita pelo autor deverá ser vista apenas no sentido de fornecer ao juízo meios para efetuar-la, ou seja, requerê-la, fornecendo os dados suficientes para que o juízo a determine e bem assim tantas cópias da petição inicial quantos forem os réus, extraindo o mandado de citação e arcando com as despesas de diligência²⁵. Promover a citação não significa, portanto, efetivá-la, uma vez que, no sistema brasileiro, a citação é feita pelo “sistema da mediação”.²⁶

Cabe referir, ademais, que a promoção da citação, ônus da parte autora, não apenas pressupõe o recolhimento das custas processuais, mas igualmente a instrução da inicial com os documentos indispensáveis à propositura da ação (artigo 283 do CPC), o que será mais bem examinado na sequência. Na hipótese de ser requerido o benefício da gratuidade da justiça, previsto na Lei 1.060/50, ademais, deverá o autor comprovar estar em situação de miserabilidade para

²⁴ No sentido que defendemos, de ser o despacho que ordena a citação o marco interruptivo: VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*, p. 543 e RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*, p. 340, vol. 1. Divergimos dos referidos autores, entretanto, em relação a ser o ato citatório condição de eficácia da interrupção, o que, embora não seja expressamente referido em suas obras, os aproxima da idéia de “ato complexo” esposada por Nelson Nery Júnior (*Código de Processo Civil Comentado*, 9ª ed., p. 406), com a qual não concordamos.

²⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil: Parte Geral*, 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 543.

²⁶ STJ, 4ª, RMS 42-MG, rel. Min. Athos Carneiro, j. em 30.10.1989.

os efeitos jurídicos, notadamente porque eventual determinação de emenda à inicial para a juntada de documentos poderá atrasar o ato citatório, implicando consequências jurídicas afetas à prescrição.

Assim sendo, é indispensável que o autor promova a citação, protocolando petição inicial que atenda aos requisitos do artigo 282 do CPC, instruída com os documentos indispensáveis, na forma do artigo 283, do CPC, fornecendo ao juízo as informações pertinentes para que seja possível encontrar o réu, extraindo o mandado de citação e pagando as despesas da diligência, tudo isso dentro do prazo fixado pelos parágrafos 2º e 3º do art. 219 do CPC²⁷. Não se pode exigir, contudo, que a citação se dê nesse prazo.²⁸²⁹ Assim agindo, o autor desobrigar-se-á quanto à citação, que passa a ser incumbência exclusiva da atuação estatal.

Todavia, se o autor não informar corretamente os dados do réu para que seja promovida a citação, ou pagar as despesas após o prazo previsto pela lei processual, e, diga-se, o prazo é bastante razoável, ou, ainda, olvidar-se de acostar à inicial documento indispensável à propositura do feito, ter-se-á por não *promovida* a citação para o fim de interromper a prescrição pelo despacho. Neste caso, e desde que a prescrição ainda não se tenha consumado, a interrupção ocorrerá

²⁷ O prazo é de 10 dias (§ 2º) prorrogável por até 90 dias, a contar do despacho que ordena a citação.

²⁸ Não se ignora que o § 4º do art. 219 do CPC exige a ocorrência da citação no prazo para que se dê a interrupção da prescrição. Tal questão será mais bem analisada, todavia, no ponto 5.

²⁹ Em obra não atualizada com o vigente Código Civil, assim se manifestava André de Luiz Correia (*A citação no direito processual civil brasileiro*, p. 81/2) “(...) não efetuada a citação no prazo de dez dias estabelecido no § 2.º, nem nos noventa dias de prorrogação determinados pelo § 3.º, haver-se-á por não interrompida a prescrição (§ 4.º), o que equivale a dizer que estará consumada a prescrição. Tudo isso, por óbvio, se a citação não tiver se realizado porque o autor deixou de *promovê-la*, praticando os atos que lhe cabia praticar. Se o ato citatório não se realizou nos prazos previstos nos §§ 2.º e 3.º por culpa exclusiva do serviço judiciário, é de se aplicar a regra do § 2.º, segunda parte”.

Com efeito, não se discorda da interpretação acima transcrita. O que se verifica, todavia, é que o motivo hoje determinante para que a *promoção* da citação e não a *efetuação* desta deva ocorrer nos prazos previstos pelos §§ 2º e 3º do art. 219 do CPC é a atual redação do art. 202, I do CC, e não a parte final do § 2º do art. 219, do CPC que, entretanto, reconheça-se, aponta para a mesma solução.

quando ocorrer efetivamente a citação, nos termos da lei processual, que supre o vácuo deixado pela disposição civil.

3.2.2 A Questão da Forma em Sentido Estrito

O ato da citação, promovido pelo interessado, mas ordenado pelo magistrado – princípio da mediação³⁰ –, revestir-se-á de alguma das formas previstas no direito processual. Por sua vez, quando prevê a interrupção da prescrição pelo despacho que a ordena, junto com o requisito relativo ao prazo, determina o Código Civil que a citação seja promovida na forma da lei processual, sem o que não se dará a citada interrupção.³¹

O artigo 221 do CPC traz as formas como se poderá dar a citação.³² São elas: I – pelo correio; II – por oficial de justiça; III – por edital; IV – por meio eletrônico. Refira-se a existência, por fim, da citação por hora certa, prevista expressamente no art. 229 do CPC,³³ mas que em verdade é um mero desdobramento da citação por oficial de justiça. É de se referir que o objetivo maior da citação é cientificar o réu de que contra ele pende um processo.³⁴ Assim, esta deverá objetivar, sempre quando possível, dar-lhe real ciência da pendência de demanda contra si. Neste sentido, é a citação real a regra; a ficta, a exceção.

³⁰ COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. *Código de Processo Civil interpretado*, p. 203.

³¹ Saliente-se, por outro lado, que, não bastasse não interromper a prescrição, a não-observância à forma definida em lei acarretará a nulidade da citação, nos termos do art. 247 do CPC.

³² Entendendo serem formas de citação as referidas no art. 221 do CPC, COSTA MACHADO, *Código de processo civil interpretado*, p. 203. Considerando, entretanto, haver apenas duas formas de citação (pessoal e ficta), sendo transcritas no art. 221 do CPC espécies de citação, MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz, *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2007, p. 105. Refira-se, entretanto, que, tanto considerando haver diversas formas de citação (pelo correio, por mandado, por hora certa etc.), ou adotando-se a classificação de Marinoni, para a conclusão a que se está visando é indiferente.

³³ COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. *Código de Processo Civil Interpretado*, p. 213.

³⁴ CORREIA, André de Luiz. *A citação no direito processual brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 31/3.

Dentre as espécies de citação real, tem-se por regra a citação pelo correio, que, contudo, será excepcionada nos casos do art. 222 do CPC³⁵, merecendo referência que a simples vontade do autor poderá determinar a nãoutilização dessa modalidade de citação (alínea “f” do indigitado dispositivo). Em sendo frustrada a citação pelo correio, como modalidade residual, far-se-á a citação por meio de oficial de justiça (art. 224 do CPC). Frustrando-se, a seu turno, a citação por meio de oficial de justiça, desde que por três vezes este tenha procurado o réu em seu domicílio ou residência, sem o encontrar, e haja suspeita declarada e fundamentada de ocultação do réu, deverá o meirinho intimar qualquer pessoa da família, ou até mesmo um vizinho na falta daquela, que “no dia imediato voltará, a fim de efetuar a citação, na hora que designar”.³⁶ Sendo pontual o oficial de justiça³⁷, e não encontrando o citando, acaso mantida a suspeita de ocultação, ter-se-á por realizada a citação, excepcionando-se a regra de que a citação deve ser real, havendo, no caso, espécie de citação ficta. Perceba-se, entretanto, que a citação ficta feita por hora certa exige a observância pelo oficial de justiça de diversos requisitos³⁸, que, se não forem cumpridos, nulificarão o ato citatório.

Quanto à citação por edital, uma vez que se terá apenas uma presunção de cientificação do réu (ficção de citação), são significativamente limitadas as possibilidades de sua ocorrência. Nos termos do art. 231 do CPC, caberá a citação por edital: I – quando desconhecido ou incerto o réu; II – quando ignorado, incerto ou inacessível

³⁵ São as exceções, em que não se dará a citação pelo correio: a) nas ações de estado; b) quando for ré pessoa incapaz; c) quando for ré pessoa de direito público; d) nos processos de execução; e) quando o réu residir em local não atendido pela entrega domiciliar de correspondência; f) quando o autor a requerer de outra forma.

³⁶ Art. 227 do CPC.

³⁷ A impontualidade do oficial de justiça acarretará a nulidade da citação, exceto se, atrasando-se, encontrar efetivamente o réu.

³⁸ Os requisitos, alguns inclusive já mencionados, estão presentes no *caput* do art. 228 e parágrafos do CPC, como, por exemplo, a necessidade de o oficial de justiça procurar informar-se das razões da ausência do citando (§ 1º), a exigência de deixar contra-fé com pessoa da família ou com qualquer vizinho, declinando o nome (§ 2º) etc.

o lugar em que se encontrar; III – nos casos expressos em lei³⁹. Não bastasse o limitado cabimento da citação por edital, são-lhe ainda exigidos diversos requisitos, nos termos do art. 232 do CPC. Cite-se que um desses requisitos é a afirmação do autor, ou a certidão do oficial de justiça, de que efetivamente se está diante de um dos casos previstos para a citação por edital (inciso I do art. 232 do CPC). Não cumprido qualquer dos requisitos, a citação será nula.⁴⁰

Vistas as formas de citação, é certo que o interessado, acaso queira a interrupção da prescrição pelo despacho, as deverá respeitar. Nesse sentido, afora a facultatividade de preferir a citação por mandado em lugar da pelo correio, em hipótese alguma poderá o interessado requerê-la por outra forma que não a expressamente determinada. Assim, sendo caso de citação por mandado (art. 222 do CPC), não poderá o autor promovê-la por carta, porquanto estará desrespeitando a *forma* de citação definida na lei processual. Se o fizer, a citação será nula e o despacho que a ordenou não terá o condão de interromper a prescrição. De mesmo modo, se não for o caso de citação por edital, e o autor a requerer por essa forma, a citação será nula e o despacho que a determinou não interromperá a prescrição.⁴¹ Diante disso, é possível concluir que, havendo vício quanto à forma, de mesmo modo que descumprido o requisito do prazo, não ocorrerá a interrupção pelo despacho, mas pela citação *válida*, quando esta efetivamente ocorrer, desde que ainda não se

³⁹ Em pertinente pesquisa, Costa Machado (*Código de processo civil interpretado*, p. 215) afirma serem os demais casos expressos em lei: “a citação dos credores do devedor declarado insolvente (art. 761, II); a citação dos herdeiros que não tenham domicílio na comarca por onde corre o inventário (art. 999, § 1.º); a citação dos confinantes ou comunheiros que não residam na comarca onde tramita o processo demarcatório ou divisório (arts. 953 e 968); a citação, chamada de intimação, dos sujeitos passivos no procedimento dos protestos, notificações e interpelações (art. 870, I, II e III); a citação dos réus ausentes, incertos e desconhecidos no processo de usucapião (art. 942)”.

⁴⁰ COSTA MACHADO, *Código de processo civil interpretado*, p. 216.

⁴¹ É extremamente relevante reafirmar, todavia, que não é o fato de a citação ser nula que impedirá a interrupção da prescrição; ao contrário, a interrupção não ocorrerá porque a citação não foi *promovida* adequadamente, nos termos determinados pelo inciso I do art. 202, do CC. Assim, a nulidade da citação é, igualmente à não-interrupção, consequência do não atendimento do preceituado no indigitado inciso, e não causa desta.

tenha consumado a prescrição. É certo, todavia, que, se o vício quanto à forma ocorrer por erro do oficial de justiça, ou do cartório, como, por exemplo, se o mandado não contiver o prazo para defesa do requerido⁴² – art. 225, VI, do CPC – ou alguma das outras formalidades definidas em lei como essenciais, a citação será nula (art. 247, do CPC), mas, tendo em vista que a promoção da citação pelo requerente foi efetuada corretamente, o despacho que a determinou interromperá o curso do prazo prescricional. Noutras e mais resumidas palavras, se o vício quanto à forma se der por culpa do autor, a citação será nula e o despacho que a ordenou não interromperá a prescrição; apenas a citação válida poderá implicar esse efeito. Se o vício quanto à forma tiver como causa erro do Poder Judiciário, todavia, contanto que a citação tenha sido corretamente *promovida* pelo demandante, o despacho interromperá a prescrição, e não se há de falar na nulidade da citação, ainda que esta venha a trazer prejuízo ao demandado.⁴³

3.2.3. Das Formalidades Processuais Subsidiárias. Artigos 282 e 283 do CPC

Em que pese o exame perfunctório da questão sugerisse bastante a observância das formas propriamente ditas para a ocorrência da citação (tópico 3.2.2), reputamos que o exame da questão deva ter ampla interpretação. Isso porque o Código Civil, quando exigiu que a citação seja promovida na forma prevista na lei processual (art. 202, I), não definiu o que se deva entender por “forma”, sendo certo que o correto protocolamento da inicial, *in totum* observadas as formalidades previstas no CPC, deve ser requisito plenamente exigível para que a interrupção da prescrição ocorra pelo despacho ordinatório da citação.

⁴² CORREIA, André de Luiz. *A citação no direito processual civil brasileiro*, p. 216.

⁴³ Observe-se que esse raciocínio não implica, como se poderia querer ver, efeito gerado por ato eivado de nulidade absoluta (a citação); o ato que interrompeu a prescrição foi o despacho que determinou a citação, que é válido e eficaz. A citação inválida é posterior ao despacho, e não há por que a nulidade retroagir alcançando atos pretéritos que, inclusive, já geraram efeitos – interrupção da prescrição.

Nessa toada, faz-se mister, ainda que resumidamente, analisar a disciplina dos artigos 282 e 283 do CPC, *in verbis*:

Art. 282. A petição inicial indicará:

- 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.

Art. 283. A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação.

Com efeito, exsurge estreme de dúvidas que a petição inicial inepta, seja porque, exemplificativamente, deixou de requerer a citação do réu, seja porque não foi instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação, deixou de cumprir formalidades à correta ocorrência do ato citatório. Assim, ainda que inicialmente deferida pelo Juízo, com a determinação de citação, inclui-se na esfera defensiva da parte requerida argumentar a inépcia da exordial, nos termos, aliás, do artigo 301, III, do CPC.

Ocorre que o reconhecimento judicial quanto ao descumprimento do art. 283 do CPC, em que pese resultasse desejável o julgamento meritório da demanda, ante a não comprovação do fato constitutivo do direito do autor (art. 333, I, do CPC), ou mesmo na forma do art. 267, I, do CPC, por vezes tem sido mitigado, admitindo-se a juntada extemporânea de documentos, mesmo que não sejam novos (art. 397 do CPC), notadamente mediante requisição judicial.

No que tange aos princípios da ampla defesa e do contraditório, ambas as partes devem ter vista dos documentos acostados ao feito por requisição judicial (na hipótese de o documento estar em posse de terceiros), ou apenas a parte contrária àquela que os juntou.

Todavia, sendo certo que a requisição judicial visa a emprestar maior certeza ao julgamento, é de se ponderar, de outra parte, que se uma das partes dispunha desde logo do documento, deveria tê-lo juntado na primeira oportunidade que se lhe foi dada à manifestação, quais sejam: a inicial, para a parte autora (art. 283, do CPC), e a contestação, para o réu (art. 396 do CPC).

Tendo em vista que a ausência de juntada de documentos em sede defensiva somente terá implicações quanto às regras do ônus da prova, das quais não se ocupa o presente estudo, calha examinar a hipótese em que a petição inicial não veio suficientemente instruída, fazendo-se necessária a requisição judicial de documentos ao próprio autor.

Pois bem.

Duas hipóteses se descortinam. Na primeira, o documento é requisitado pelo juiz, nos termos do art. 284 do CPC, antes, pois, do deferimento da inicial. Na segunda, o documento é requisitado posteriormente à citação do demandado, *ex officio*, ou mediante a provocação da parte contrária.

Para fins de dilação probatória, matéria estranha ao presente estudo, situar-se-á a questão tão somente na admissão ou não de documentos extemporâneos, o que deverá ser enfrentado pelos contendores na lide.

Contudo, para os fins do artigo 202, I, do CC, em ambas as hipóteses não houve a promoção da citação na forma prevista na lei processual civil, à míngua da observância das formalidades subsidiárias elencadas nos arts. 282 e 283 do CPC. Porém, na primeira hipótese, a requisição de documento se deu previamente à própria ocorrência da citação, visto que nem sequer a inicial fora recebida, enquanto, na segunda, o ato citatório já havia ocorrido. A ausência da promoção da citação na forma da lei processual, ponderadas as formalidades subsidiárias ora em exame, todavia, em ambos os casos tornará inaplicável a dicção do inciso I do art. 202, do Código Civil, sendo certo que, pelo despacho que determina a citação, não se interromperá a prescrição.

Neste caso, a exemplo dos anteriores, desde que a prescrição ainda não se tenha consumado, a interrupção ocorrerá quando se

der efetivamente a citação. Vislumbra-se, todavia, severa injustiça, cuja existência não cede ante a rigidez do sistema vigente, porquanto a citação ocorrida por descuido judicial na aferição do (des)cumprimento dos requisitos dos arts. 282 e 283 do CPC, terá o condão de interromper a prescrição, notadamente porque, afora a hipótese de a inicial restar indeferida por meio de provocação em defesa (art. 301, III, do CPC), ocorrida a citação validamente, antes da implementação do decurso do prazo prescricional, não se haverá falar em ocorrência da prescrição. Em contrapartida, a diligência judicial, fator de indesejável subjetivismo, que determinar a emenda à inicial antes da citação válida, porque retardará a ocorrência daquele ato, poderá implicar a ocorrência da prescrição, em situações que, embora semelhantes (ingresso em juízo descumprindo-se as formalidades processuais subsidiárias), terão desfechos díspares.

4 A RETROAÇÃO DO MARCO INTERRUPTIVO DA PRESCRIÇÃO À DATA DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO (PARÁGRAFO 1º DO ARTIGO 219 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL)

O parágrafo 1º do art. 219 do CPC define que a interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação. Será considerada proposta a ação tão logo ela seja despachada pelo juiz, ou distribuída, onde houver mais de uma vara (art. 263 do CPC).⁴⁴ Perceba-se, contudo, que a previsão de retroação do marco interruptivo da prescrição à propositura da ação não consta do art. 202 do CC. Apesar disso, quando o Código Civil trouxe novas regras acerca da prescrição, manteve um padrão com o qual se coaduna a retroação do marco interruptivo da prescrição ao ajuizamento da demanda. Por primeiro, em resposta à diminuição dos prazos prescricionais em relação ao Código Civil de 1916, previu o legislador mais possibilidades de ocorrer a interrupção. Neste sentido, incentiva-se a solércia do autor em prazos menores, mas se a reconhece com mais facilidade. Noutras palavras, a despeito de o autor ter menor tempo de inércia

⁴⁴ 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.

a seu favor, a possibilidade de ser reconhecida a sua não inércia, e, conseqüentemente, ser interrompida a prescrição, foi alargada pelo Código Civil de 2002.⁴⁵ Assim, por ser absolutamente compatível com esse pensamento,⁴⁶ a regra que prevê a retroação da interrupção ao ajuizamento continua a vigor, o que não ocorreria tão-somente se tivesse havido a revogação expressa do indigitado parágrafo.

Diante disso, interpretando-se de modo sistemático a alteração no marco interruptivo da prescrição para a data do despacho que a ordena, temos que a interrupção ocorrida por força deste deverá retroagir à data da propositura da ação, nos termos do § 1º do art. 219 do CPC, que continua a vigor.⁴⁷ Aliás, de outro modo não poderia ser, uma vez que o autor não poderá ser punido pela eventual demora do juiz em despachar determinando a citação.⁴⁸

⁴⁵Essa e outras constatações encontram-se em excelente estudo de Gustavo Kloh Muller Neves (*Prescrição e Decadência no Código Civil*, p. 436, in *A Parte Geral do Código Civil, Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*).

⁴⁶Como já se afirmou, uma vez que a derrogação tácita não se presume, devendo haver choque frontal entre disposições para ela se consumir, não há qualquer argumento razoável no sentido de a previsão do § 1º do art. 219 do CPC não mais vigor.

⁴⁷Refira-se que onde não houver mais de um juízo competente, ou seja, onde não existir necessidade de distribuidor, coincidirão, de acordo com a literal redação do art. 263 do CPC, as datas do ajuizamento e do despacho ordinatório, que interromperá a prescrição. Neste caso, ainda assim, há retroação, que, contudo, pela expressa redação do artigo, será inócua. Vê-se, pois, que a retroação prevista no § 1º do art. 219 encontra sua razão de ser (ainda em um panorama estritamente positivista) para quando houver distribuição (mais de um juízo competente), em que, do despacho ordinatório, retroagirá à distribuição. Em sentido contrário, entendendo que também quando houver distribuidor a retroação será à data do despacho, e não à da distribuição (interpretação contrária ao texto legal, a nosso ver), Arruda Alvim, *Manual de Direito Processual*, p. 256.

⁴⁸ Art. 219, § 2º: “Incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subseqüentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário”. Deste modo, e entendendo-se a atividade do julgador de despachar a petição inicial englobada pelo conceito de “serviço judiciário”, a sua eventual demora não poderá prejudicar o autor.

⁴⁹ Concorde-se, entretanto, com Gustavo René Nicolau⁵⁰ quando afirma que houve falta de técnica no Código Civil ao definir o despacho como marco interruptivo. É certo que deixar ao intérprete a tarefa de buscar congruência entre disposições do Código Civil e do Código de Processo Civil que tratam sobre a mesma matéria denota falta de método, além de fomentar hesitações; entretanto, de modo algum se concorda com a conclusão a que Nicolau chegou no sentido de que, uma vez tendo sido definido o despacho como marco interruptivo, este é o marco sem possibilidade de retroação à data da propositura da demanda.⁵¹

Por fim, não vemos a eliminação da distinção positivada pelo artigo 263 do CPC tão-só porque o artigo 202, I do CC previu o

⁴⁹ É semelhante o posicionamento de Nelson Nery Júnior (*Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*, p. 406, nota 3). Afirma o autor que “(...) a data da interrupção da prescrição é a do primeiro despacho do juiz. Como a citação feita com demora não imputada ao autor não pode prejudicá-lo, a interpretação sistemática indica que, ainda que o CC 202 I não se refira à propositura da ação como marco da interrupção da prescrição, entendemos que poderá ser assim considerada porque não se pode apenar o autor com a prescrição, quando agiu e não foi negligente, propondo a ação”. No mesmo sentido, com pequenas variações, YARSHELL, Flávio Luiz. *A interrupção da prescrição pela citação: Confronto entre o novo Código Civil e o Código de Processo Civil*. Acesso em: 14 jun. 2012.

⁵⁰ NICOLAU, Gustavo Rene. *Verdadeiras modificações do novo Código Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio2003 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4041>> . Acesso em: 19 jul. 2012.

⁵¹ Exemplifica Gustavo René Nicolau (*Verdadeiras modificações do novo Código Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio2003 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4041>> . Acesso em: 19 jul. 2012.) no sentido de que, “intentada ação restando 10 dias para ocorrência da prescrição, a mesma só será interrompida quando do despacho do juiz. Se isso ocorrer após 15 dias (prazo inclusive razoável em comarcas com grande fluxo processual) estará extinta a pretensão do solerte autor que moveu a máquina estatal ainda dentro de seu prazo”. Tal interpretação, contudo, ignora que a demora do serviço judiciário não poderá prejudicar o autor que buscou seu direito em tempo hábil. Neste delineamento, não poderá ser acatada, sob pena de ferir-se tanto a parte final do § 2º do art. 219 do CPC, quanto a Súmula 106 do STJ. E mais: ainda que se desconsiderasse o § 2º do art. 219 do CPC, tal interpretação implicaria evidente retrocesso, à vista de prejudicar o autor da demanda pela demora imputável *exclusivamente* ao poder judiciário. Igualmente, não se poderia exigir do juiz que ordenasse mais rapidamente a citação nas demandas em que a prescrição é iminente, uma vez que isso acarretaria a possibilidade de se proceder a uma análise meramente perfunctória da petição inicial, o que não se afigura razoável.

despacho ordinatório como marco interruptivo.⁵² Aliás, entendemos ser tal interpretação ultrapassada, uma vez que expurga do sistema a possibilidade positivada de, bastando a mera distribuição (e desde que sejam preenchidos os requisitos do art. 202, I do CC), ser interrompida a prescrição, o que se coaduna em absoluto com a ideia de não inércia do autor.⁵³ Com efeito, é certo, como visto, que o marco interruptivo da prescrição, em regra, será o despacho que ordena a citação; mantém-se, todavia, a possibilidade de retroação desse marco à data do ajuizamento da ação: havendo mais de uma vara, haverá a retroação à data da distribuição. Em não havendo, a discussão será inócua, haja vista coincidirem as datas do marco interruptivo e do ajuizamento, que se darão pelo despacho. Em verdade, a discussão acaba por ser mais teórica do que prática. Uma vez que a demora imputável exclusivamente ao Poder Judiciário não poderá prejudicar o autor, mais correto é interpretar-se a data do protocolo da petição inicial como marco interruptivo, uma vez que, a partir de então, a distribuição, bem como o despacho que ordena a citação, transcendem à esfera de atuação do demandante. Haveria, entretanto, argumento no sentido de não ser culpa *exclusiva* do Poder Judiciário a demora na distribuição em casos em que o autor protocola a petição inicial nos últimos minutos do último dia do prazo prescricional. Neste caso, ingressam no argumento indesejáveis subjetivismos (teria existido culpa *concorrente* do autor?), que, quando possível, devem ser evitados. É certo que, tendo se dado a distribuição ainda antes do escoamento do prazo prescricional, será esta o marco interruptivo por força da retroação a partir da data do

⁵² Entendendo ter sido eliminada a distinção, Arruda Alvim, *Manual de Direito Processual Civil*, p. 256.

⁵³ Não bastasse isso, para que se possa entender pela derrogação tácita de um determinado normativo, deverá haver colisão frontal entre o mais recente e o anterior, ou seja, a derrogação tácita não se presume. É nesse sentido, aliás, a precisa lição de Maria Helena Diniz (*Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada*, p. 61, já citada quando analisamos a possibilidade de revogação tácita em nosso ordenamento). No caso, a eliminação da distinção positivada pelo art. 263 do CPC somente poderia ser cogitada por meio de derrogação tácita. Entendemos, no entanto, não haver qualquer choque entre a disposição mais recente e a anterior, que devem ser interpretadas sistematicamente.

despacho que ordenou a citação, ainda que, na data do despacho, já se tenha consumado a prescrição.⁵⁴

5 A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PARÁGRAFO 4º DO ARTIGO 219 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

À primeira vista, e a partir das interpretações a que chegamos até este ponto, não mais haveria aplicabilidade ao § 4º do art. 219 do CPC. Uma vez que é o despacho que ordena a citação, e não a ocorrência desta, o marco interruptivo da prescrição, um dispositivo que determina que “*não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos antecedentes [dez ou noventa dias], haver-se-á por não interrompida a prescrição*” (grifamos, e inserimos os colchetes), aparentemente deixa de ter aplicabilidade, porque, como já exaustivamente repetido, esvaziaria o conteúdo da norma do Código Civil, mais recente que é.

Entretanto, devemos nos atentar, para quando o despacho não for o marco interruptivo (descumprimento dos ditames do art. 202, I do CC), este se dará pela citação. Vai-se além: determina o § 1º do indigitado art. 219 que a interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação, o que o faz sem distinguir entre a partir de qual marco interruptivo irá retroagir. Em outras palavras, e observando o direito positivado, que não fez exceções, sempre que houver a interrupção da prescrição, haverá a retroação ao ajuizamento da ação.

Neste ponto, é necessário trazer interpretação a que já chegamos de que se mantém a possibilidade de ser a citação o marco interruptivo em nosso ordenamento justamente visando a evitar a prática de atos inúteis, e, assim, preservar-se a utilidade do processo. Diante disso, mantém-se a aplicabilidade do § 4º do art. 219, do CPC, mas apenas para quando a citação, e não o despacho, for o marco interruptivo, e, no caso, não houver processo (e atos já praticados em um processo) a se tutelar.

⁵⁴ É especificamente quanto a essa hipótese que divergimos da interpretação de Arruda Alvim (*Manual de Direito Processual Civil*, p. 256). Segundo o entendimento do autor, é possível a depreensão de que, nesse caso, teria se consumado a prescrição, com o que não concordamos.

O despacho ordinatório será o marco interruptivo sempre que o interessado promover a citação no prazo e na forma da lei processual. Assim não agindo, contudo, o marco interruptivo será a citação, desde que a pretensão do autor, quando da ocorrência do ato citatório, não esteja ainda prescrita. Segue sendo, portanto, aplicável o § 4º do art. 219, mas apenas no caso de a prescrição consumir-se antes da ocorrência da citação. Neste caso, veja-se, não se há de falar em processo a ser tutelado, ou em atos praticados inutilmente. Saliente-se que, em princípio, se fosse aplicável integralmente o § 4º sempre para quando a citação fosse o marco interruptivo, e esta não ocorresse nos prazos dos §§ 2º e 3º, todos do art. 219 do CPC, a interrupção nunca ocorreria pela citação. Tal interpretação esgota o conteúdo da parte final do *caput* do art. 219, justamente a que permite que a citação interrompa a prescrição. Ora, sendo certo que para que a citação seja o marco interruptivo o interessado não poderá a ter *promovido* nos prazos e formas definidas pela lei processual, é cronologicamente impossível que a citação, posterior a isso tudo, venha a ser validamente *efetuada* naqueles prazos. A questão necessariamente deverá ser resolvida pela utilidade dos atos processuais: quando ainda não estiver prescrita a pretensão autoral, independentemente de ter ocorrido a citação nos prazos processuais, haverá interrupção da prescrição. A regra do § 4º, portanto, será excepcionada nessa hipótese. Se já estiver prescrita a pretensão, e a citação não ocorrer nos prazos definidos pelos §§ 2º e 3º do art. 219, todavia, a citação não terá o condão de interromper a prescrição, aplicando-se, conseqüentemente, o disposto no § 4º, e efetivamente prescrita estará a pretensão. É de se repisar que, neste caso, não há processo a se tutelar, ou atos inúteis a se evitarem, o que justificará a ocorrência da prescrição.⁵⁵

⁵⁵ Sobre o ponto, Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart (*Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2007, p. 111), afirmam, em síntese, que, quando a citação interromper a prescrição, não haverá a retroação ao ajuizamento da ação. Com efeito, chegamos à mesma conclusão prática: havendo prescrição antes de a citação se consumir, prescrita estará a pretensão da parte requerente. Todavia, os autores, ao chegarem a essa interpretação, excepcionaram o § 1º do art. 219 – criaram uma hipótese de ocorrência da interrupção, sem retroação – e excepcionaram o § 4º, no que toca aos prazos em que a citação deve se consumir. Reconhecemos ser a consequência prática a mesma. Contudo, visando sempre

6 DOS EFEITOS PRÁTICOS DA ARGUMENTAÇÃO EXPENDIDA. EXEMPLIFICAÇÃO

Com efeito, raros são os processos ajuizados em data muito próxima de a pretensão que os conforta prescrever, caminhando o presente estudo para uma abordagem de cunho mais teórico do que propriamente pragmático. Contudo, as ações ditas de massa têm o comum elemento de somente se fazerem interessar quando a mídia as passa a divulgar maciçamente, o que costumeiramente ocorre perto de prescreverem.

Um dos exemplos mais presentes, na espécie, é o das ações que visavam à percepção de expurgos inflacionários decorrentes de planos econômicos. Para o estudo, delimita-se o exemplo aos creditamentos postulados referentes aos meses de abril e maio do ano de 1990 e ao mês de fevereiro de 1991 em cadernetas de poupança (denominados Planos Collor I e II).

Na casuística, os autores, de acordo com a majoritária jurisprudência, dispunham do prazo prescricional de 20 anos para postularem as diferenças inflacionárias referentes aos períodos. Dessa forma, por exemplo, qualquer valor (pretensão material – *Anspruch*) decorrente de expurgo inflacionário referente ao mês de abril de 1990 somente poderia ser postulado até o mês de abril de 2010 (20 anos).

À evidência, a pretensão de tais creditamentos se fez interessar nos últimos dias do prazo prescricional, sendo certo que em diversas dessas demandas, à míngua de prazo hábil para reunir os documentos necessários, optaram os autores por protocolar as petições iniciais sem o cumprimento *in totum* da previsão inscrita no artigo 283 do CPC. Acreditavam, nessa toada, e ante a costumeira inaplicabilidade do regramento de direito processual e de direito material acima exposto,

à melhor interpretação da lei, devemos discordar do modo a que Marinoni e Arenhart chegaram a esse entendimento. Não há motivo para se criar exceção ao § 1º do art. 219: sempre que houver interrupção da prescrição, haverá retroação ao ajuizamento da ação. Por outro lado, extrai-se da norma do § 4º que, quando não houver interrupção, dar-se-á a prescrição, sendo certo que, já estando prescrita a pretensão antes da ocorrência da citação, não haverá interrupção, e, conseqüentemente, não haverá retroação.

que bastaria o protocolo da petição dentro do prazo prescricional para que interrompido estivesse o decurso da prescrição.

Nada obstante, é preciso observar que o retardamento do ato citatório, levado a efeito em razão de necessidade de emenda à inicial, tem o condão de inviabilizar a interrupção da prescrição pelo despacho, merecendo ser julgado o feito, com resolução do mérito, a teor da disposição inscrita no artigo 269, IV, do CPC, acaso, quando da ocorrência da própria citação, prescrita já estiver a pretensão. Vejamos.

Para que o despacho que ordena a citação seja o marco interruptivo da prescrição, a inicial deve ser adequadamente protocolada, em tal se incluindo a sua instrução com todos os documentos indispensáveis à propositura do feito (forma da lei processual – artigo 283 do CPC). Demais disso, o autor deve recolher adequadamente as custas, fornecer endereço correto do réu etc.

No exemplo em análise, isso não foi feito, visto que, por se tratar de ação protocolada às pressas, não houve tempo hábil para arregimentar todos os documentos. Calharia, assim, ao magistrado, antes de deferir a petição inicial, determinar a sua emenda, o que, mesmo que adequadamente atendido, atrasará (a) o despacho que ordena a citação, bem como, conseqüentemente, (b) a ocorrência do próprio ato citatório. A experiência demonstra, de outra parte, que por mais expedito que seja o Juízo, é raro ver-se a prática dos atos de decisão e, posteriormente, de intimação, em prazos inferiores aos previstos no artigo 219 do CPC.

Assim, em vista do inevitável retardamento da citação por prazo desbordante dos previstos nos parágrafos 2º e 3º do artigo 219 do CPC, não haverá a interrupção da prescrição pelo despacho ordinatório, aplicando-se a previsão legal inscrita no parágrafo 4º do artigo 219 do CPC, *in verbis*:

§ 4º Não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos antecedentes, haver-se-á por não interrompida a prescrição.

Apenas a própria ocorrência da citação, nesse delineamento, poderia interromper o decurso do prazo prescricional, e desde que ainda

não estivesse prescrita a pretensão – utilidade dos atos processuais.

Todavia, considerando que no exemplo acima formulado a exordial foi protocolada no último dia do prazo prescricional, tendo ocorrido atraso no ato citatório imputado apenas à parte autora (não se havendo de cogitar de demora atribuível exclusivamente ao Poder Judiciário), por descumprimento da determinação inscrita no inciso I do artigo 202 do Código Civil (promoção da citação fora do prazo, e ainda desrespeitada a forma da processual – artigo 283 do CPC), é de se ver que a citação operada a destempo não interrompeu a prescrição e, por este motivo, prescrita estará a pretensão.

A mesma conclusão se aplica se o Juízo, por descuido, antes de deferir a inicial, não verificou o cumprimento do artigo 283 do CPC, determinando a citação da parte requerida. Nesta hipótese, como o autor descumpriu formalidade subsidiária para a promoção da citação, torna-se inaplicável a dicção do art. 202, I, do Código Civil, não se interrompendo, dessarte, a prescrição pelo despacho que ordenou a citação, argumentação que deve ser trabalhada em sede de contestação. Neste caso, apenas a citação válida teria o condão de interromper a prescrição, e desde que, quando da sua ocorrência, ainda não estivesse prescrita a pretensão (salvaguarda da utilidade do processo). Considerando quena hipótese a inicial foi protocolada no último dia do prazo prescricional, por mais expedito que seja o trabalho cartorário, evidentemente a citação não ocorrerá neste dia, prescrevendo a pretensão, porquanto, como alhures se demonstrou, não é possível haver a interrupção de um prazo que já se consumou. Ainda, não se haverá, igualmente, de perscrutar acerca de retroação do marco interruptivo à data do despacho (ou do ajuizamento), uma vez que, à míngua do cumprimento do inciso I do artigo 202 do CC, o despacho não interrompeu a prescrição, aplicando-se, de resto, a previsão inscrita no § 4º do artigo 219 do CPC.

7 CONCLUSÕES

A introdução de novo marco interruptivo da prescrição pelo inciso I do artigo 202 do Código Civil teve o condão de provocar efetivas alterações processuais. Listamos, a seguir, algumas con-

siderações decorrentes do estudo desenvolvido ao longo deste trabalho:

1. A possibilidade de derrogação e revogação tácitas mantém-se em nosso ordenamento jurídico. Embora a Lei Complementar 95/98, com as alterações da LC 107/01, tenha determinado a necessidade de a revogação ser expressa, isso deve ser visto tão-somente como um comando técnico ao legislador que, se descumprido, não acarretará quaisquer consequências negativas ao novo texto legal. Mantém-se, pois, vigente o parágrafo 1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil. A lei nova que conflitar diretamente com aquela que a precedia, revoga-la-á. Havendo choque meramente oblíquo entre as disposições, devem ser as mesmas interpretadas sistematicamente, extraindo-se de cada uma os comandos não conflitantes.

2. A regra que determina o despacho que ordena a citação como marco interruptivo da prescrição (art. 202, I, do CC) é mais recente do que a que a fixa o citado marco pela citação (art. 219, caput, do CPC). Existindo choque entre ambas, a mais recente prevalecerá.

3. Se o autor promover a citação no prazo e na forma da legislação processual, no que se incluem as formalidades subsidiárias inscritas nos arts. 282 e 283 do CPC, o despacho que ordenar a citação será o marco interruptivo (art. 202, I, do CC), não se havendo de perquirir sobre a consumação do ato citatório.

4. Ocorrendo nulidade da citação por causa alheia à vontade do autor – como, por exemplo, carecer o mandado de citação do prazo de resposta do réu –, ainda assim terá ocorrido a interrupção da prescrição, uma vez que esta se deu por ato precedente à citação, qual seja, o despacho que a ordenou.

5. Ocorrendo nulidade da citação por culpa do autor, a prescrição não será interrompida pelo despacho ordinatório da citação. Isso ocorre tão-somente porque a causa da nulidade da citação foi a sua não promoção na forma e prazo previstos na legislação processual.

6. A não promoção da citação no prazo e na forma da lei processual sempre impedirá que o despacho interrompa a prescrição, cujo curso segue correndo.

7. A regra do *caput* do art. 219 do CPC (interrupção pela citação válida) mantém-se aplicável em caráter subsidiário para quando o despacho que ordena a citação não for o marco interruptivo. Isso evita a prática de atos inúteis em um processo em que, a despeito da negligência do autor ao não promover corretamente a citação, o curso da prescrição findaria após terem sido praticados atos para o seu deslinde.

8. Promover a citação significa propiciar todos os meios processualmente previstos para que o Poder Judiciário efetive o ato citatório. No sistema brasileiro, a citação observa o sistema da mediação, pelo que, fornecendo o autor todos os meios para que seja efetuada a citação, dessa ele se desobriga, que passa a ser incumbência do Poder Judiciário.

9. Os prazos previstos nos parágrafos 2º e 3º do art. 219 do CPC são para a correta promoção da citação, e não para que esta se efetue. O objetivo da existência dos prazos referidos é evitar que, por dificuldades momentâneas – desconhecimento do domicílio do réu, falta de dinheiro para custear a citação etc –, o demandante venha a ser prejudicado pelo perecimento de sua pretensão.

10. A citação deve ser promovida na forma prevista no Código de Processo Civil. A citação real é a regra, a ficta, a exceção. À exceção da alínea “f” do art. 222 do CPC, que permite ao autor requerer a citação por mandado em lugar da pelo correio, bastando para isso sua vontade, todas as demais formas de citação são de observância obrigatória. Valendo-se de modalidade de citação diversa daquela prevista pelo CPC ao caso concreto, o autor deixará de promover a citação na forma correta, e o despacho que a ordenar não interromperá a prescrição.

11. Incluem-se no requisito forma, constante do inciso I do art. 202 do Código Civil, as formalidades subsidiárias previstas nos arts. 282 e 283 do CPC. Assim, se o autor deixar de atender ao quanto disciplinado nesses normativos processuais, o despacho que ordena a citação não interromperá a prescrição.

12. A regra inserta no parágrafo 1º do art. 219 do CPC, que prevê a retroação do marco interruptivo da prescrição à data da propositura da demanda, é compatível com o art. 202, I, do CPC. Dessarte, interrompida a prescrição pelo despacho que ordenou a citação, o marco interruptivo retroagirá à data do ajuizamento, nos termos do indigitado parágrafo 1º, cuja vigência é assegurada à vista de não existir sequer choque oblíquo entre o que este dispõe e a alteração promovida pelo Código Civil.

13. A regra inscrita no parágrafo 4º do art. 219 do CPC deve ter a sua aplicação restringida, com o que se preservam atos válidos praticados dentro de um processo. Como visto, quando o despacho for o marco interruptivo da prescrição, não se há de falar em prazos para a ocorrência da citação válida. Quando, todavia, for a citação o marco interruptivo da prescrição (porque o autor não a promoveu na forma e prazo processuais), duas situações se apresentarão: na primeira, o prazo prescricional se consumaria depois da efetivação da citação. Neste caso, embora a citação não tenha sido efetuada nos prazos dos parágrafos 2º e 3º, a regra será excepcionada, o que se faz colimando preservar a utilidade dos atos praticados dentro do processo. Não seria econômico impedir-se a interrupção pela citação, produzirem-se atos no processo e, ocorrendo a prescrição, inutilizarem-se todos. Por outro lado, consumando-se a prescrição anteriormente à ocorrência da citação, prescrita estará a pretensão. A citação, pois, ocorrida posteriormente aos prazos dos §§ 2º e 3º do art. 219, não terá o condão de interromper a prescrição, desde que não haja atos processuais a serem tutelados.

14. Ações protocoladas nos últimos dias do prazo prescricional merecem atenção redobrada. O ingresso às pressas em Juízo poderá

significar a ausência de instrução da exordial com todos os documentos necessários à propositura do feito (art. 283 do CPC), o que é motivo para que se determine a emenda à inicial (art. 284, do CPC), retardando o ato citatório. Ainda que não seja determinada a emenda à inicial, o descumprimento de formalidade subsidiária impedirá a interrupção da prescrição pelo despacho que ordenar a citação.

15. Nessas ações, atrasos quanto à perfectibilização da citação, imputáveis à parte autora por descumprimento de quaisquer das formalidades previstas visando ao ingresso em Juízo pela lei processual (artigo 202, I, do CPC), conduzirão à ocorrência da prescrição, visto que, quando da citação, prescrita já estará a pretensão. Neste caso, não se há de perquirir acerca de retroação do marco interruptivo à data do ajuizamento, aplicando-se integralmente a previsão do art. 219, § 4º, do CPC, à minguada existência de atos processuais a serem salvaguardados.

REFERÊNCIAS

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis, in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 300, 1960, p. 7/37.

AMORIM FILHO, Agnelo. As ações constitutivas e os direitos potestativos, in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 375, 1967, p. 11/23.

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*, 11ª ed. São Paulo: RT, 2007, vol. II.

ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*, 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Direito Subjetivo, pretensão de direito material e ação in *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 37, 1º Trimestre de 1983. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

BERTI, Eurico. Para uma fundamentação ética dos direitos do homem. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/codetica/textos/fundamenta.htm>. Acesso em 09.10.2007.

CARNELLUTI, Francesco. Sistema de Direito Processual Civil, v. I, trad. por Hiltomar Martins Oliveira, 1ª ed. São Paulo: Classic Book, 2000.

CORREIA, André de Luizi. A citação no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

COSTA MACHADO, Antônio Cláudio. Código de processo civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. Lei de Introdução ao Código Civil comentada, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Melhoramentos, 2005, vol. II.

DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, vol. I.

FROEHLICH, Charles Andrade. Prescrição e decadência no novo Código Civil (2002). Um novo olhar sobre o critério científico de distinção a partir da classificação quinária das ações. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 238, 2 mar.2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4895>>. Acesso em: 13 ago. 2012.

GOMES, Fábio Luiz; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Teoria Geral do Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

LACERDA, Galeno. Despacho Saneador, 3ª ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1990.

HABERMAS, Jürgen. Consciência moral e agir comunicativo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. São Paulo: RT, 2007.

MEDEIROS, Aristides. LICC: Derrogação?. Disponível em <http://www.advogado.adv.br/artigos/2003/aristidesmedeiros/liccderrogacao.htm>. Acesso em 14.6.2012, às 17:24.

MITIDIERO, Daniel Francisco. Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson. Código Civil Comentado, 4.^a ed. São Paulo: RT, 2006.

_____. Código de Processo Civil comentado, 2.^a ed. São Paulo: RT, 1996.

_____. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante, 9.^a ed. São Paulo: RT, 2006.

_____. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, 4.^a ed. São Paulo: RT, 1997.

26. NICOLAU, Gustavo Rene. Verdadeiras modificações do novo Código Civil. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4041>>. Acesso em: 19 jul. 2012.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea, 3.^a ed. São Paulo: Loyola, 1996.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado das Ações. Campinas: Bookseller, 1998. Tomo I.

_____. Tratado de Direito Privado, 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. Tomo V.

PIZZI, Jovino. Ética do discurso: a racionalidade ético-comunicativa. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1994.

RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil: Parte Geral, 34.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.) A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional, 2.^a ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Parte Geral, 7.^a ed. São Paulo: Atlas, 2007.

YARSHELL, Flávio Luiz. A interrupção da prescrição pela citação: Confronto entre o novo Código Civil e o Código de Processo Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 65, maio 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4089>>. Acesso em: 14 jun. 2012.



TRABALHO FORENSE



Excelentíssimo Senhor Ministro Ayres Britto, Relator do Re 631.444/RS, Excelso Supremo Tribunal Federal

Recurso Extraordinário n.º 631.444/RS

Relator: MINISTRO AYRES BRITTO

Recorrente: GILMAR PEREIRA

Recorrido: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Fase Processual: Repercussão geral ainda não analisada

MEMORIAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

1. UMA BREVÍSSIMA SÍNTESE DO CASO E O OBJETO DESTE MEMORIAL

Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, apreciando apelação, manteve decreto de improcedência do pedido de servidor público integrante do Poder Executivo, por meio do qual pretendia fossem seus vencimentos revisados de acordo com a Lei 8.880/94, argumentando, para tanto, que teria havido equívoco do ente público quando da conversão monetária da sua remuneração de Cruzeiro Real para Real.

A uma primeira vista, pode parecer que a pretensão sob enfoque se enquadraria no figurino material exsurgente do RE 561.836/RN, no qual a repercussão geral da controvérsia sobre a aplicabilidade ou não da Lei 8.880/94 aos salários dos servidores estaduais restara reconhecida por esse Supremo Tribunal Federal.

Não é, porém, o que se verifica aqui.

Desde já se adianta que a vinculação dos milhares de processos oriundos do Rio Grande do Sul cujo objeto é a aplicabilidade da chamada Lei da URV à repercussão geral em tela, advinda do Estado potiguar, **pode acarretar – a depender do resultado do**

julgamento – um injusto prejuízo, com proporções verdadeiramente hecatombicas, para os cofres públicos estaduais.

É o que se passa a demonstrar, pedindo-se, de pronto, escusas por estas linhas se estenderem para um pouco além da objetividade que pede um trabalho jurídico feito a guisa de memorial. A ultrapassagem, não obstante, é imperiosa para o bom entendimento da complexa temática.

2. O TRATAMENTO DADO À URV APLICÁVEL AOS VENCIMENTOS DOS SERVIDORES NO RIO GRANDE DO NORTE E NO RIO GRANDE DO SUL: UMA DIFERENCIAÇÃO NECESSÁRIA

Assim informa o sítio virtual desse STF sobre o objeto debatido no extraordinário 561.836/RN:

EMENTA: *SERVIDOR PÚBLICO. VENCIMENTOS. CONVERSÃO EM URV. **INOBSERVÂNCIA DA LEI FEDERAL N. 8.880/94.** SISTEMA MONETÁRIO. **COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. REPERCUSSÃO GERAL.** (RE 561836 RG, Relator(a): Min. EROS GRAU, julgado em 15/11/2007, DJe-031 DIVULG 21-02-2008 PUBLIC 22-02-2008 EMENT VOL-02308-08 PP-01693)*

Como se vê, a matéria de fundo diz com a aplicabilidade da Lei 8.880/94 aos vencimentos dos servidores públicos brasileiros, das três esferas federativas. No entanto, a jurisprudência da Suprema Corte já decidiu essa controvérsia, de modo amplamente majoritário, ainda que não sob o signo da repercussão geral, no sentido de que a Lei da URV é, sim, *de aplicação compulsória pelos Estados* (exemplificativamente, RE 517069 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 06/11/2007, DJe-157 DIVULG 06-12-2007 PUBLIC 07-12-2007 DJ 07-12-2007 PP-00056 EMENT VOL-02302-05 PP-00987).

Exatamente por isso, o recurso extraordinário interposto pelo Estado do Rio Grande do Norte, no processo paradigma, *não defende o afastamento da Lei Federal em tela de seus servidores* – ao contrário, admite a sua aplicação a estes –, mas insiste na **com-**

pensação das perdas havidas pela não-observância dessa Lei com reajustes dados por **legislação estadual posterior** à conversão da moeda, o que teria redundado, a seu ver, em inexistência de prejuízo remuneratório. Assim argumenta, nas razões recursais, a unidade federativa potiguar: *certamente que a competência para legislar sobre a conversão de moeda era da União, entendimento pacificado por esse Excelso Pretório. Ocorre que a utilização de critério diferente, estabelecido pela Lei Estadual nº 6.612/94, ao revés do constante na Lei Federal nº 8.880/94, incorreu em redução salarial, daí porque o fundamento do direito dos recorridos é justamente o princípio da irredutibilidade salarial, motivo pelo qual a perda porventura havida em virtude da conversão por critério legal indevido e os reajustes posteriormente concedidos, ao contrário do consignado no acórdão recorrido, têm a mesma natureza, devendo ser compensados.*

Todavia, esse argumento de respeito ao princípio da irredutibilidade vencimental em razão de reajustes concedidos **posteriormente** à conversão Cruzeiro Real/URV não foi aceito pelo Tribunal de Justiça do RN, o qual entendeu que *a existência de reajuste salarial posterior à conversão da moeda não corrige o erro ocorrido na aplicação dos critérios de conversão, conforme entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal.*

Pois bem. **É exatamente nisso que reside a fundamental diferença entre o que ocorreu, quanto ao thema, no Rio Grande do Sul e no Rio Grande do Norte.**

Enquanto a argumentação do **Estado do Rio Grande do Norte** está vinculada à compensação – por meio da **superveniência** de leis que concederam reajustes – de um prejuízo já experimentado pelos servidores em virtude de erro na transição monetária das remunerações, o **ente político gaúcho**, apesar de inobservar a forma específica da Lei nº 8.880/94, pondera que **a própria conversão**, ainda que efetivada a sua maneira (leis locais), não gerou prejuízos ao funcionalismo público estadual, e isso pela política remuneratória que **a antecedeu**. O ponto fulcral, portanto, da diferenciação reside no período em que as leis estaduais concederam reajustes aos servidores. **No Rio Grande do Norte, estes foram posteriores**

à conversão da moeda, quando o prejuízo aos funcionários públicos já se havia concretizado, porquanto equivocada a conversão em si. Já no Rio Grande do Sul, os reajustes salariais antecederam a conversão, ou seja, ocorreram concomitantemente ao período de transição monetária, de modo que, quando convertidos os salários para a nova moeda, não houve redução remuneratória alguma.

Eis o que restou consignado – soberanamente (súmula 279/STF) – pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (fls. 88/verso a 90):

Inicialmente consigno que **em milhares de processos que tramitaram nas varas de fazenda pública de Porto Alegre houve perícia oficial ou prova emprestada, sem constatação de qualquer perda em decorrência da conversão dos vencimentos dos servidores do Poder Executivo Estadual com aplicação da URV. Trata-se de fato notório. Alguns dos laudos, inclusive, acompanham as contrarrazões.**

[...]

No mérito, o Estado seguiu o previsto na legislação que tratou do programa de estabilização monetária e conversão da moeda em URVs e Reais. **Independentemente da data em que ocorreu, faticamente não houve qualquer prejuízo, pois a legislação estadual apresentou mecanismos de proteção a eventuais perdas.**

As Leis Estaduais n.ºs 10.084/94, 10.085/94, 10.129/94, 10.130/94, 10.171/94, 10.172/94 e 10.189/94 concederam **expressivos aumentos** salariais aos servidores públicos, **sendo muito superiores os percentuais aos das ditas perdas ora em discussão.**

[...]

Como a **política salarial implementada pelo Estado**, com **reajustes contemporâneos** à conversão dos vencimentos em URVs, **ocorreu exatamente para evitar perdas**, configurando-se **expressivo ganho para os funcionários do Executivo**, determinação do Judiciário para pagamento dos índices pretendidos levaria a aumento vencimental, gerando interferência na política remuneratória dos servidores públicos, com afronta aos princípios constitucionais da independência e autonomia entre os Poderes.

E isto não representa, a despeito do alegado pelo recorrente, afronta à Carta Magna ou à Lei Federal nº 8.880/94, **pois não houve qualquer prejuízo salarial, restando assegurada a irredutibilidade de vencimentos.** (grifou-se)

O Estado do Rio Grande do Sul (é importante que se reconheça) nunca realizou a conversão de Cruzeiro Real para URV dos vencimentos do funcionalismo do Poder Executivo, porém adotou **uma política salarial própria de recomposição da inflação até converter a remuneração dos servidores diretamente para o Real, em 1º de julho de 1994.**

Dito de outro modo, em que pese não tenha ocorrido, no Estado do RS, a conversão dos salários para URV, **os servidores estaduais receberam reajustes sistemáticos até a data em que o ente público procedeu à passagem dos seus vencimentos para a moeda Real, com o que se evitou, eficientemente, a perda salarial frente à nova realidade econômica que se estabelecia.** Isso foi implementado por meio da edição de sucessivas leis estaduais (citadas no aresto recorrido) concedendo vultosas recomposições, **recomposições essas que inclusive superaram os valores que teriam percebido os funcionários se adotada a URV, propiciando, portanto, não só a manutenção do poder aquisitivo, mas um aumento efetivo do valor dos vencimentos,** como reconhecido, expressamente, no acórdão do Tribunal *a quo*.

E foi precisamente à vista desse panorama que **o egrégio Superior Tribunal de Justiça,** em função da multiplicidade de recursos tratando da matéria, afetou a controvérsia a sua Terceira Seção para proceder à técnica de **juízo por amostragem em tema repetitivo,** e decidiu que, **no caso do Estado do Rio Grande do Sul,** o reconhecimento pelo Tribunal estadual de que não houve prejuízo aos servidores determina **a incidência do seu enunciado sumular de número 07 (análogo à súmula 279/STF),** impedindo a apreciação da insurgência por aquela Corte:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. LEI 11.672/2008. ART. 543-C DO CPC. RESOLUÇÃO-STJ 08/2008. APLICAÇÃO DA URV [LEI 8.880/94] AOS SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS DO RIO GRANDE DO SUL. NÃO REDUÇÃO VENCIMENTAL. PERÍCIAS. PROVA EMPRESTADA. SOBERANIA DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS EM MATÉRIA

PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

1. A imposição ao Estado do Rio Grande do Sul da conversão das retribuições aos servidores pela URV (Lei 8.880/94), apesar dos reajustes voluntários já concedidos à categoria pelo Governo Gaúcho a pretexto dessa mesma conversão, **somente seria cabível se evidenciado algum prejuízo vencimental decorrente daquela antecipação voluntária.**

2. **No caso, as instâncias judiciais ordinárias já proclamaram a inocorrência de redução dos valores atribuídos aos Servidores Públicos Gaúchos, inclusive com base em perícias não contraditadas, e nisso essas instâncias são soberanamente conclusivas.**

3. **Para a eventual inversão da conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias, se exigiria amplo e profundo reexame do contexto probatório, envolvendo até nova perícia, tarefa que descabe nos limites processuais do Recurso Especial.** Precedentes: REsp's 1.009.903/RS, DJU 15/02/2008; 1.011.590/RS, DJU 15/02/2008 e 1.029.929/RS, DJU 06/03/2008 e AgRg nos REsp.'s 845.623/RS e 1008.262/RS, DJe 24/03/2008 e 09/06/2008, respectivamente, todos da relatoria do Ministro NILSON NAVES.

4. Recurso Especial não conhecido. (STJ, REsp 1047686/RS, 3ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 14/10/2009, DJE de 20/10/2009) (grifou-se)

Vale destacar, ademais, que o Superior Tribunal de Justiça, **para a hipótese que corresponde ao recurso com repercussão geral já reconhecida** (RE 561.836/RN), ou seja, para a tese de que os **reajustes posteriores** não afastariam o dever de observância da Lei n.º 8.880/94, **também afetou um recurso para julgamento por amostragem em matéria repetitiva** (REsp 1.101.726/SP), decidindo-o nos seguintes termos:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL TIDO COMO VIOLADO. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NOTÓRIA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. CONVERSÃO DE VENCIMENTOS EM URV. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL Nº 8.880/94. DATA DO EFETIVO PAGAMENTO. COMPEN-

SAÇÃO COM OUTROS REAJUSTES. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA DISTINTA.

1. Se nas razões de recurso especial não há sequer a indicação de qual dispositivo legal teria sido malferido, com a conseqüente demonstração do que consistiu a eventual ofensa à legislação infraconstitucional, aplica-se, por analogia, o disposto na Súmula 284 do Excelso Pretório, com o não conhecimento do recurso no que toca à alínea “a” do permissivo constitucional.

2. De acordo com entendimento firmado por este Superior Tribunal de Justiça é obrigatória a observância, pelos Estados e Municípios, dos critérios previstos na Lei Federal nº 8.880/94 para a conversão em URV dos vencimentos e dos proventos de seus servidores, considerando que, nos termos do artigo 22, VI, da Constituição Federal, é da competência privativa da União legislar sobre o sistema monetário.

Divergência jurisprudencial notória.

3. Os servidores cujos vencimentos eram pagos antes do último dia do mês têm direito à conversão dos vencimentos de acordo com a sistemática estabelecida pela Lei nº 8.880/94, adotando-se a URV da data do efetivo pagamento nos meses de novembro de 1993 a fevereiro de 1994.

4. Reajustes determinados por **lei superveniente** à Lei nº 8.880/94 **não têm o condão de corrigir equívocos procedidos na conversão dos vencimentos dos servidores em URV**, por se tratarem de parcelas de natureza jurídica diversa e que, por isso, não podem ser compensadas.

5. Recurso especial conhecido em parte e provido.

(REsp 1101726/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 14/08/2009) (grifou-se)

Observe-se mais um julgado, a título exemplificativo, **oriundo especificamente do Estado do Rio Grande do Norte**, em que a Corte Superior de Justiça assim decidiu:

AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. VENCIMENTOS. CONVERSÃO. URV. LEI Nº 8.880/1994. **COMPENSAÇÃO COM REAJUSTES FUTUROS**. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. Não há como abrigar agravo regimental que não logra desconstituir os fundamentos da decisão atacada.

2. Os servidores do Poder Executivo do Estado do Rio Grande do Norte têm direito à diferença de reajuste decorrente da conversão de seus vencimentos em URV, a ser calculada com

base na Lei nº 8.880/1994.

3. Os reajustes concedidos por **legislação superveniente** não podem ser compensados com o resultante da conversão em URV porque possuem naturezas distintas.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg nos EDcl no REsp 912.715/RN, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 04/06/2009, DJe 29/06/2009) (grifou-se)

A corroborar a necessidade de diferenciação das situações, reitere-se que a jurisprudência dessa Suprema Corte também adotou o entendimento de que analisar a suficiência da política remuneratória dos servidores do Poder Executivo do RS, no período da transição monetária de que ora se cuida, implica – como intuitivo – revolvimento de matéria fático-probatória, aspecto em que – repita-se – as instâncias ordinárias são soberanas. Isso porque, como se disse, os reajustes foram dados contemporaneamente ao período de transição das remunerações para a nova moeda (Real), **não se destinando**, como ocorreu no caso do Rio Grande do Norte, **a corrigir a posteriori uma conversão anterior equivocada para o padrão URV**. Eis algumas decisões de diferentes Ministros dando conta do que se afirma:

DECISÃO: Discute-se no presente recurso extraordinário o direito do recorrente --- servidor público do poder executivo --- à recomposição de 11,98%, em decorrência de suposto erro no critério de conversão da URV instituído pela Medida Provisória n. 434/94. 2. O Tribunal de origem decidiu que o aludido reajuste não é devido, vez que, “no caso em questão, não existem diferenças salariais a serem reembolsadas, pois, se assim suceder, haverá aumento dos vencimentos, implicando afronta ao princípio da legalidade e com a agravante de que o Judiciário estará atuando como substituto legislativo” [fl. 138]. 3. O recorrente sustenta que o provimento judicial violou preceitos da Constituição do Brasil. 4. **Esta Corte, por ocasião do julgamento do AI n. 394.007, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJ de 4.3.05, fixou o seguinte entendimento: “EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Admissibilidade. Servidor Público do Poder Executivo. Vencimentos. Reajustes. 11,98%. Conversão em URV. Art. 168 da CF. Impossibilidade. Agravo regimental provido. Extraordinário conhecido e provido. Ação**

julgada improcedente. A recomposição de 11,98% na remuneração dos servidores, por erro no critério de conversão da URV, não se aplica aos do Poder Executivo.” [Grifei]. 5. Ademais, entendimento diverso do adotado pelo acórdão recorrido implicaria, necessariamente, o reexame da matéria fático-probatória que o orientou, providência vedada nesta instância, em face da incidência da Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal. Nego seguimento ao recurso com fundamento no disposto no artigo 21, § 1º, do RISTF. Publique-se. Brasília, 29 de março de 2010. Ministro Eros Grau - Relator - (RE 606317, Relator(a): Min. EROS GRAU, julgado em 29/03/2010, publicado em DJe-070 DIVULG 20/04/2010 PUBLIC 22/04/2010)

DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONVERSÃO EM UNIDADE REAL DE VALOR - URV. 1. REAJUSTE DE 11,98%. **SERVIDORES DO PODER EXECUTIVO: IMPOSSIBILIDADE. 2. PREJUÍZO SALARIAL: NÃO DEMONSTRAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.** PRECEDENTE. REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL: DESNECESSIDADE. INTIMAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO ANTERIOR A 3.5.2007. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. Relatório 1. Recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, alíneas a e c, da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “SERVIDOR PÚBLICO. BRIGADA MILITAR. CONVERSÃO DOS VENCIMENTOS DE CRUZEIRO REAL PARA UNIDADE REAL DE VALOR. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. NÃO INCIDÊNCIA 1. Não tem incidência na espécie o art. 1º do Decreto n. 20.910/32. As prestações se caracterizam como sendo de trato sucessivo, não tendo o Poder Público negado frontalmente o direito vindicado. Aplicação ao caso do verbete n. 85 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. 2. Os policiais militares do Rio Grande do Sul integram o Poder Executivo. Inexistência de repasses orçamentários (duodécimos) como ocorre em relação aos outros Poderes. Política salarial vigente no ano de 1994 que permitiu a concessão de reajustes nos meses de JAN, MAR e MAI, por meio das Leis-RS ns. 10.084/94, 10.130/94 e 10.172/94. Inexistência de demonstração de prejuízos por ocasião da conversão dos vencimentos em Reais em JUL94, materializada na Lei-RS n. 10.225, de 30JUN94, com reajuste concedido para compensar eventuais perdas (art. 1º,

IV). Inexistência de demonstração de prejuízos por ocasião da conversão dos vencimentos em Reais em JUL94. Matéria exclusivamente de direito. Pagamento realizado no último dia do mês. Improcedência do pedido que se impõe. Nulidade da sentença afastada, pois o magistrado não está obrigado a responder todos os argumentos esgrimidos pelas partes, bem assim em vista da desnecessidade de realização de perícia contábil. PRELIMINARES REJEITADAS. APELAÇÃO PROVIDA” (fl. 252). 2. Os Recorrentes alegam que o Tribunal a quo teria afrontado os arts. 5º, inc. XXXVI, e 37, inc. XV, da Constituição da República. Argumentam que “a Constituição Federal determina, em seu artigo 5º, inciso XXXVI, que ‘a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada’. No entanto, no caso dos autos, é flagrante a violação ao direito adquirido dos ora recorrentes, que tiveram seus vencimentos reduzidos a medida em que não houve a devida conversão de seus salários em URV da época correta, eis que o Estado não obedeceu às datas previstas na Lei n. 8.880/94” (fl. 155). Analisada a matéria posta à apreciação, DECIDO. 3. Razão de direito não assiste aos Recorrentes. 4. Inicialmente, quanto à preliminar de repercussão geral, é de se anotar que os Recorrentes foram intimados do acórdão recorrido antes de 3.5.2007 (fl. 151), o que dispensa a demonstração da repercussão geral da questão constitucional em capítulo especial do recurso extraordinário, nos termos do que decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no Agravo de Instrumento 664.567-QO, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence. 5. O Tribunal a quo asseverou que, “no caso dos autos, como bem disse o apelante não se tratou de repasse de duodécimos para outros Poderes, nem tão pouco de conversão de vencimentos em URV em 1ºMAR94, senão que são os apelados servidores do Poder Executivo (sic), época da conversão determinada em lei estadual devidamente cumprida, inclusive com correção das perdas por reajuste específico (art. 1º, inc. IV, da Lei-RS n. 10.225, de 30 de JUN94)” (fl. 257). Esse entendimento não diverge da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que se firmou no sentido de que “os servidores do Poder Executivo têm os vencimentos e proventos estipulados e pagos com base no último dia do mês de referência, dia 5. Logo, diversamente dos servidores dos outros Poderes, não sofreram nenhum prejuízo com a conversão da URV” (AI 394.077-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, Primeira Turma, DJ 4.3.2005). 6. **Além disso, para se concluir de forma diversa do que foi decidido**

pelas instâncias originárias quanto à não caracterização de redução remuneratória, seria necessário o reexame do conjunto probatório constante dos autos, procedimento incabível de ser adotado validamente no recurso extraordinário, conforme dispõe a Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. Confira-se, a propósito, o seguinte julgado: **“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. URV. CONVERSÃO. DATA DO EFETIVO PAGAMENTO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA 279 DO STF. 1. O percentual relativo à conversão da URV há de ser considerado a partir da data do efetivo pagamento da remuneração. 2. A hipótese dos autos impõe o reexame de fatos e provas. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmula n. 279 do STF.** Agravo regimental a que se nega provimento” (RE 522-196-AgR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe 15.8.2008). 7. **Não há, pois, o que prover quanto às alegações dos Recorrentes. 8. Pelo exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário** (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Publique-se. Brasília, 26 de outubro de 2009. Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora (RE 544195, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 26/10/2009, publicado em DJe-219 DIVULG 20/11/2009 PUBLIC 23/11/2009)

Bem demonstrada a dessemelhança do tratamento dado pelos Estados do RN e do RS às remunerações dos servidores públicos na transição da moeda para o Real, passa-se a demonstrar o que se acredita seja a melhor solução (a resposta jurisdicional correta, como diria *Dworkin*) para o presente caso.

3. A NECESSIDADE DE APLICAREM-SE OS EFEITOS DA AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL NO CASO DO RIO GRANDE DO SUL (ART. 543-B, § 2º, CPC)

Como referido no acórdão da origem, *em milhares de processos que tramitaram nas varas de fazenda pública de Porto Alegre houve perícia oficial ou prova emprestada, sem constatação*

de qualquer perda em decorrência da conversão dos vencimentos dos servidores do Poder Executivo Estadual com aplicação da URV. Trata-se de fato notório. *Alguns dos laudos, inclusive, acompanham as contrarrazões.*

Efetivamente, essa discussão sobre a forma pela qual o Estado do Rio Grande do Sul efetuou a conversão dos vencimentos dos servidores do Poder Executivo para o plano Real data de aproximados dezesseis (16) anos, considerando-se que o cerne da controvérsia foi a transição monetária havida em 1994. De lá para cá, muito se debateu sobre isso. Milhares e milhares de processos. Um sem-número de perícias. E a conclusão pela inexistência de prejuízo remuneratório ao funcionalismo. Muito antes pelo contrário, pelo aumento salarial.

Trata-se, pois, de matéria de prova, como já adiantado. E não é preciso dizer aqui que, **nessa seara**, as **instâncias ordinárias** são **soberanas**, à vista do enunciado sumular de número **279** dessa Suprema Corte. Frise-se, além disso, que, também como já demonstrado, a **recomposição do poder aquisitivo** dos vencimentos dos servidores gaúchos ocorreu **concomitantemente ao período de transição da moeda**, diversamente do caso em que a **repercussão geral do thema** restou reconhecida (Rio Grande do Norte), no qual se tentou, **posteriormente a uma equivocada conversão, compensar o prejuízo remuneratório anteriormente sofrido pelos funcionários públicos.**

Aliás, parece correto dizer aqui que o Estado do Rio Grande do Sul, ao contrário do ente político potiguar, **cumpriu a Lei 8.880/94**. De uma maneira relativamente heterodoxa, é bem verdade. Mas o fez. Ora, embora não tenha convertido os vencimentos dos servidores de Cruzeiro Real para URV, manteve o poder aquisitivo da remuneração de outra forma, **cumprindo, sim, materialmente o objetivo da Lei 8.880/94, que não visava a outros escopos senão a estabilidade econômica e a irredutibilidade salarial**. Ambos alcançados pela política de transição monetária gaúcha. E não se olvide a circunstância de que, à época (1994), ainda não se tinha um posicionamento jurídico tranquilo sobre a aplicabilidade da

Lei sob enfoque aos agentes públicos de outras esferas federativas (estadual e municipal). Grassava incerteza sobre a natureza da Lei: se federal ou nacional.

De qualquer modo, há, na espécie, dois fatos incontrovertidos. **O primeiro: a prova da inexistência de prejuízo financeiro**, como devidamente consignado no acórdão da Corte de Justiça do RS (escoimado, pois, de controvérsia por força súmula 279/STF). É dizer, em sendo matéria de prova, encontra-se fora da atribuição da Suprema Corte, que possui a missão de guarda da Constituição e não de instância revisora de contextos fático-probatórios. **E o segundo: a especificidade da situação gaúcha**. A maneira pela qual o Estado do Rio Grande do Sul manteve a estabilidade da remuneração dos seus servidores é particularmente *dessa mesma* unidade federada. Só e apenas dela.

Com efeito, à vista da peculiaridade da controvérsia e da já aturada jurisprudência da Corte no sentido de que inexistente repercussão geral quando se trata de pretensão de reexame de provas ou análise de legislação infraconstitucional (*v.g.* AI 738.444 RG/PE e RE 605.993 RG/RJ), não podem restar dúvidas de que se deve aplicar ao caso dos autos o **artigo 543-B, § 2º, do CPC**, o qual é claro ao dizer que, **negada a existência de repercussão geral**, os recursos *sobrestados considerar-se-ão automaticamente* **não admitidos**.

4. O PERIGO DA EQUIPARAÇÃO DO CASO GAÚCHO À REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA NO RE 561.836/RN

No início desta manifestação, comparou-se uma eventual determinação de correção dos vencimentos dos servidores do RS em conformidade com a Lei 8.880/94, desconsiderando-se a política de estabilização monetária já adotada por leis locais, a uma verdadeira *hecatombe financeira*. A metáfora não é exagerada.

Veja-se, exemplificativamente, o que representaria esse odioso *bis in idem* para a categoria dos soldados da Brigada Militar. Segundo estudo feito pela equipe de Assessores-Contadores da Procuradoria-

-Geral do Estado do Rio Grande do Sul (**anexo**), um militar desse quadro, caso fosse agraciado por uma recomposição decorrente da conversão de seus vencimentos em URV, além daquela que já lhe foi alcançada pela política remuneratória gaúcha da época, obteria um **aumento real de seus vencimentos na ordem de 323% (é isso mesmo, mais do que o triplo de seu soldo básico!)**.

Devido a essa constatação, a PGE/RS solicitou à Secretaria Estadual da Fazenda que fizesse uma projeção do aumento que isso significaria na folha de pagamento do funcionalismo de janeiro de 2011. A tabela abaixo, resultado dessa solicitação, indica que, se todos os servidores do Poder Executivo tivessem majoradas suas remunerações nesse percentual (323%), **o impacto financeiro seria – apenas em um mês (o da implantação), desprezadas as diferenças pretéritas – de MAIS DE DOIS BILHÕES DE REAIS**. Para ser mais preciso: **R\$ 2.090.667.102,50 (mais de dois bilhões e noventa milhões de reais)**.

Empresa	01-GOV_RS	
Provimento.		
Empresa		
Periodo	201101	
Tipo Folha	MENSAL	
Tipo Lancamento	NORMAL	
Rubricas	Salariais Mensais	
Categoria	Total (Ativos e Inativos)	URV 323% s/Vencimentos
BRIGADA MILITAR	125.013.408,16	403.793.308,36
CCEX	264.242,48	853.503,21
ESPEC CESA/ DACM/DEAL	2.774.495,01	8.961.618,88
ESPECIAL SARH	15.417.450,73	49.798.365,86
ESPECIAL SAÚDE	50.128,74	161.915,83
ESPECIAL SCT	2.691.168,59	8.692.474,55
ESPECIAL ST	1.124.294,56	3.631.471,43
FAZENDA	57.751.031,69	186.535.832,36
FIGTF	93.225,92	301.119,72

FOSPA	201.785,31	651.766,55
GERAL	20.700.695,38	66.863.246,08
IGP	6.701.364,85	21.645.408,47
MAGISTÉRIO	268.856.132,32	868.405.307,39
PESSOAL DEFENSORIA	141.758,38	457.879,57
PESSOAL PGE	2.997.704,02	9.682.583,98
PLANEJAMENTO	843.774,13	2.725.390,44
POLÍCIA CIVIL	49.417.316,99	159.617.933,88
SAÚDE	11.008.321,53	35.556.878,54
SERVIDORES ESCOLA	24.113.308,27	77.885.985,71
SUSEPE	13.574.855,11	43.846.782,01
TÉCNICO NIVEL MEDIO	631.472,55	2.039.656,34
TÉCNICO- CIENTÍFICOS	31.352.386,21	101.268.207,46
ÚNICO MAGISTÉRIO	11.545.035,88	37.290.465,89
Total geral	647.265.356,81	2.090.667.102,50

Essa cifra estratosférica fala por si.

5. CONCLUSÃO

Excelentíssimo Senhor Ministro, uma vez que a objetividade é um valor que não pode ser olvidado nesta seara, parece bem encerrarem-se estas considerações a título de memorial, restando, tão só, **pugnar-se pela submissão da presente controvérsia ao Plenário Virtual dessa Suprema Corte, para que lá reste reconhecida a ausência de repercussão geral da temática objeto deste extraordinário, aplicando-se, pois, o artigo 543-B, § 2º, do CPC, de modo que os recursos sobrestados versantes do mesmo *thema decidendum* sejam automaticamente não admitidos.**

Nesses termos, espera deferimento.

Brasília (DF), 28 de fevereiro de 2011.

Guilherme Valle Brum
Procurador do Estado
Procuradoria junto aos Tribunais Superiores

Normas de Publicação

1 Sobre a Revista

A Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, publicada sob responsabilidade desta Instituição, tem por finalidades:

- a) Contribuir para a cultura jurídica nacional, em especial no campo do Direito Público e da Advocacia de Estado;
- b) Divulgar os trabalhos dos Procuradores do Estado no exercício de suas funções;
- c) Difundir a produção científica dos Procuradores do Estado;
- d) Propiciar o debate acadêmico e o fomento à produção científica dos Procuradores do Estado e da comunidade jurídica em geral.

A Revista tem periodicidade semestral.

2 Apresentação dos Artigos

Este é um resumo das normas de publicação, o texto na íntegra bem como o Regimento Interno podem ser acessados no site da PGE-RS - Publicações: <http://www.pge.rs.gov.br/>

2.1 Os trabalhos encaminhados para apreciação deverão seguir as normas da ABNT sempre que possível, observando-se os critérios estabelecidos no Regimento Interno.

2.2 Os artigos deverão ter sua extensão ditada pela necessidade de clareza na explicitação dos argumentos, respeitado o limite de 13 (treze) a 30 (trinta) laudas (20 linhas com 60 caracteres cada), incluindo quadros, tabelas, ilustrações, notas e referências, observando:

a) espaço 1½ e fonte Arial 11, exceto: resumo, que deve aparecer com fonte tamanho 10 e espaço entre linhas e legendas, que devem ser inseridas com fonte tamanho 10 e espaço entre linhas simples;

b) devem ser elaboradas em folha A4 (210mm x 297mm);

c) devem respeitar as seguintes margens: superior = 3cm;

inferior = 2cm; esquerda = 3cm; e direita = 2cm;

d) os itens e subitens devem aparecer em letras maiúsculas e em negrito, e devem sempre ser iniciados na mesma página, não deixando espaços em branco entre um e outro, utilizando-se numeração para os itens (1, 2, 3 etc.) e sub-numeração para os subitens (1.1., 1.2., 2.1., 2.2. etc.), estes apenas com as letras iniciais em maiúsculo; (continua)

Disposições Gerais

O artigo deverá ser encaminhado ao Conselho Editorial pela via eletrônica (e-mail: conselho-editorial@pge.rs.gov.br), ou através de disquete ou CD-Rom em formato WORD FOR WINDOWS. Em qualquer hipótese, deverão ser também encaminhadas duas vias impressas, acompanhados da autorização para publicação assinada pelo(s) autor(es) (modelo disponível no site da Revista), aceitando os colaboradores a cessão dos seus direitos autorais para a Revista da PGE e não farão jus a qualquer remuneração.

Os trabalhos a serem publicados observarão os seguintes critérios: concordância com as finalidades da revista; atualidade, originalidade e/ou ineditismo do tema abordado; profundidade da análise; correção e coerência da linguagem; clareza e consistência dos conceitos e da abordagem; importância científica do tema; coerência das reflexões/conclusões com a seqüência do texto; correção e atualidade das citações e autores(as) referenciados(as).

Os trabalhos aceitos poderão sê-lo “sem restrições” ou “devolvidos para reformulações”. Quando as reformulações tratarem apenas de aspectos formais ou outras que não modifiquem as idéias dos(as) autores(as), serão efetuadas pelo Conselho Editorial; nos demais casos, o trabalho será reenviado ao(à) autor(a).

Os autores, cujas contribuições forem aprovadas para publicação, receberão três exemplares da Revista onde constar a publicação.

Os originais dos artigos não serão devolvidos.

As regras e critérios para publicação poderão ser excepcionadas a critério do Conselho quando o assunto for de especial interesse ou o autor tiver reconhecimento pela excelência da sua obra.

