JOÃO GILBERTO GONÇALVES FILHO

**O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA NO
PROCESSO CIVIL**

Tese apresentada ao Departamento de Direito
Processual da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo como requisito parcial
para obtenção do título de Doutor, sob orientação
do Prof. Titular José Roberto dos Santos Bedaque.

FACULDADE DE DIREITO DA USP

SÃO PAULO

2010

AGRADECIMENTOS

Agradeço à UNITAU – Universidade de Taubaté pelo apoio financeiro que contribuiu para a realização da pesquisa acadêmica;

Agradeço a todos os que me fizeram tomar gosto pelo Direito Processual Civil, a começar por Vicente do Prado Tolezano, Fabrício Mendes Lobato e Cláudia Muskat, meus primeiros chefes, cujas lições e recordações guardo no coração, bem como a Antonio Cezar Peluzo, meu professor na matéria durante toda a graduação;

Agradeço a meu colega Ricardo Marcondes Martins, pela amizade e pelas conversas sempre agradáveis que temos, tanto sobre o Direito como sobre as demais coisas da vida;

Agradeço à minha mãe e ao meu pai, pelo amor incondicional e pela minha formação;

Por fim, agradeço imensamente ao meu orientador, o Professor José Roberto dos Santos Bedaque, pessoa que confiou em mim e que eu admiro demais, tanto pela sua obra como pela sua pessoa. É sempre um prazer enorme e uma honra poder desfrutar da sua companhia e da sua sabedoria.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
------------------------	----------

CAPÍTULO I

TEORIA GERAL DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NO PROCESSO CIVIL

1. O influxo das sociedades de massa e a projeção cultural do valor eficiência	11
2. A crise de morosidade do Poder Judiciário e o clamor social por eficiência	14
3. Breves notas sobre a positivação do princípio da eficiência.....	17
3.1 O princípio da eficiência no art. 37, caput, da Constituição.....	17
3.2 O direito de acesso à Justiça e o princípio da eficiência	18
3.3 O devido processo legal e o princípio da eficiência.....	19
3.4 O direito fundamental à razoável duração do processo.....	21
4. A retomada da constitucionalização do processo civil.....	23
5. A natureza jurídica do princípio da eficiência.....	28
5.1 A eficiência como um princípio jurídico e o princípio como norma.....	28
5.2 Desdobramentos axiológicos do princípio da eficiência.....	36
5.2.1 Eficiência como efetividade	38
5.2.2 Eficiência como celeridade	44
5.3.3 Eficiência como segurança jurídica	53
5.4.4 Eficiência como economicidade (ou economia processual).....	57
5.3 O princípio da eficiência e o custo econômico na realização dos direitos.....	63
5.4 A eficiência entre produção vs. qualidade - análise da leitura de Carlos Alberto Salles	70
5.5 As relações internas entre os valores componentes do princípio da eficiência: celeridade vs. segurança	82
6. Potencialidade das aplicações práticas do princípio da eficiência	85
6.1 A abertura normativa leva a uma infinidade de possibilidades	85
6.2 Incompatibilidade constitucional de regras legais que atentam contra o princípio da eficiência.....	87
6.2.1 A lei de colisão de Robert Alexy	90
6.2.2 O contraste entre regras legais e o princípio da eficiência	93
6.3 A atividade de interpretação e a promoção do princípio da eficiência	114
6.3.1 O papel da jurisprudência em estimular um comportamento das partes adequado ao princípio da eficiência	116
6.3.2 A interpretação dos textos legais e a escolha de opções à luz do princípio da eficiência.....	127

6.4 A implementação de mudanças sem reforma legislativa	141
6.5 A valorização de mecanismos para conferir previsibilidade ao comportamento das partes e estabilidades das decisões judiciais	152
6.6 A legitimidade constitucional do processo como instrumento útil à tutela de direitos e à resolução de conflitos de interesses: sua vinculação à efetividade	159
6.7 O caráter relativo do princípio da eficiência	168
7. Estudo de caso: o princípio da eficiência e sua relação com as garantias do contraditório e da ampla defesa	171
7.1A supressão do contraditório pelos provimentos satisfativos	172
7.2O princípio da eficiência e a técnica de inversão do contraditório	180
7.3 O princípio da eficiência e a tendência de um novo enfoque sobre o princípio do contraditório em conflitos de massa	184
8. Conclusões deste capítulo	195

CAPÍTULO II

O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E A COMPETÊNCIA JURISDICIONAL

1. Breve panorama dogmático sobre a competência jurisdicional	206
1.1 Diferentes critérios para a atribuição legislativa de competência	206
1.2 A dualidade no regime jurídico da competência	210
1.3 Reflexos desse sistema legal na tramitação de processos	214
2. As razões legislativas (suporte axiológico) das regras (e critérios) de distribuição de competência	219
2.1 Divisão da Justiça Comum em Justiça Estadual e Justiça Federal	219
2.2 A aplicação das regras dos art. 111, 113 e 485, II, do CPC: o princípio da eficiência na divisão de causas entre a Justiça Estadual e a Justiça Federal	224
2.3 A divisão da competência por critérios <i>ex ratione materiae</i> e <i>ex ratione personae</i> dentro de um mesmo ramo do Poder Judiciário	227
2.4 A divisão constitucional da competência entre a Justiça Comum e a Justiça do Trabalho: inobservância do regramento em cotejo com o princípio da eficiência	229
2.5 A flexibilização da competência absoluta promove a eficiência pela estabilidade das decisões jurisdicionais	235
2.6 Precedente jurisprudencial em favor da flexibilização do regime jurídico da competência absoluta	236
2.7 O sistema italiano mais conforme ao princípio da eficiência	238
2.8 A inexistência de lesão ao direito fundamental ao juiz natural	241
3. Limites à desconsideração das regras de competência absoluta	243
3.1 A competência em razão da hierarquia	243
3.2 A competência em razão da matéria: relação da Justiça Comum com as Justiças Especializadas	244
3.3 A flexibilização não pode prestigiar a má-fé	248

3.4 A objeção de incompetência absoluta	249
4. A fungibilidade em matéria de competência	250
5. O princípio da eficiência e a ratificação de atos decisórios em caso de declinação de competência	253
6. Conclusões deste capítulo	265

CAPÍTULO III

O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA EM BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA RECURSAL

1. O princípio da eficiência e o duplo grau de jurisdição	273
2. O princípio da eficiência e o novo conceito de sentença	279
3. Medida cautelar para prover efeito suspensivo ao recurso de apelação e o princípio da eficiência	294
4. O princípio da eficiência e os recursos de índole extraordinária	299
4.1 A função primordial dos Tribunais Superiores diante da Constituição	299
4.2 A transcendência como pressuposto processual finalístico do recurso especial ...	302
4.3 O dever de sumular teses jurídicas	306
4.4 O efeito vinculante das súmulas	307
4.5 A eficácia vinculante das súmulas: tutela de evidência e litigância de má-fé	312
4.6 Dever de manutenção da jurisprudência consolidada	316
5. Conclusões deste capítulo	318

CAPÍTULO IV

O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E A EXECUÇÃO

1. O princípio da eficiência na preservação de procedimentos: o interesse de agir do portador de título executivo em propor ação cognitiva	321
2. A fraude à execução e a circulação imobiliária	325
2.1 Fraude à execução e celeridade	326
2.2 Fraude à execução e segurança jurídica	329
2.3 Fraude à execução e princípio da eficiência: síntese conclusiva e sugestão	331
3. A desconsideração da personalidade jurídica e o princípio da eficiência	334
3.1 Teoria menor e maior da desconsideração da personalidade jurídica	334

3.2 A cautela na aplicação da medida	336
3.3 O procedimento da desconsideração e o princípio da eficiência: decretação incidental no curso de fase ou processo executivo	340
3.4 O procedimento da desconsideração e o princípio da eficiência: o âmbito de cognição da defesa do sócio/acionista, responsável patrimonial e afetado pela medida	345
4 Considerações sobre o princípio da eficiência na execução contra a Fazenda Pública ..	354
4.1 Exposição introdutória do problema	354
4.2 Execução provisória contra a Fazenda Pública	356
4.3 Execução de parcela incontroversa	359
4.4 A multa nas execuções de fazer, não fazer e entrega de coisa em face da Fazenda Pública	362
4.5 O inadimplemento do Poder Público e o uso do precatório como bem à penhora: uma medida em prol da efetividade do direito	368
5. Conclusões deste capítulo	374

CAPÍTULO V

O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E A COISA JULGADA

1. O princípio da eficiência, a coisa julgada e sua eficácia preclusiva	379
1.1 A estabilização das decisões sobre a verdade dos fatos e as questões prejudiciais	379
1.2 A compatibilização entre os princípios da inércia e da demanda com o princípio da eficiência	383
1.3 Hipóteses do sistema brasileiro que dão força de coisa julgada à motivação	388
1.4 A posição da doutrina nacional a propósito do artigo 469 do CPC	392
1.5 A posição de Ronaldo Cunha Campos	398
1.6 A jurisprudência italiana sobre os limites objetivos da coisa julgada	406
2. A diferença entre a extensão da coisa julgada para as questões prejudiciais e a eficácia preclusiva da coisa julgada	408
3. A eficácia preclusiva da coisa julgada à luz do princípio da eficiência	417
4. Conclusões deste capítulo	425
BIBLIOGRAFIA	427

INTRODUÇÃO

É fato notório que há uma crise de eficiência na atividade estatal de prestação jurisdicional. Já se popularizou nas ruas o sentimento de que “*a Justiça*” é lerda, extremamente morosa e inoperante, incapaz de resolver os litígios com a celeridade adequada, ou com a presteza que deveria. Esse quadro caótico é assumido como premissa neste trabalho: o problema existe.

Muitos estudiosos e operadores do Direito costumam atribuir essa crise ao processo, aos estudiosos do processo, às criações e teorias que envolvam o processo, que, de tão bem elaboradas, detalhadas e sofisticadas, fizeram com que o processo se tornasse um monstro com vida própria, esquizofrênico e incoerente, desvinculado da realidade e do seu compromisso com a implantação forçada do direito material.

Quanto a essa análise causal do problema, discordamos veementemente. O estudo dogmático do processo pode contribuir para imprimir celeridade, efetividade, segurança e economicidade à atividade jurisdicional, tudo com respeito à demais garantias do devido processo legal. Claro que esses valores devem entrar na pauta do estudioso para descobrir os meios e modos de otimizá-los.

A motivação para a nossa pesquisa, portanto, baseia-se na premissa de que o estudo intenso do processo, norteado pelos princípios da celeridade, efetividade, segurança e economicidade, pode contribuir bastante para mitigar a crise da atividade jurisdicional. Afinal, quanto mais se souber sobre um instrumento e suas possibilidades de aplicação, vale dizer, quanto maior for a dominação daquele que irá operar uma ferramenta, tanto maior será a chance de que o trabalho seja feito mais rápido, com melhor presteza e qualidade.

Processo é o instrumento utilizado pelo Estado para o exercício da atividade jurisdicional; deste modo, seja ele como for, tenha a feição que tiver, sempre haverá algum tipo de processo e sempre haverá pessoas estudando dogmaticamente o processo. Por isso,

o processo não é naturalmente um obstáculo, mas o meio de que se vale o Estado para proporcionar *Justiça* (leia-se: dar cabo da atividade jurisdicional). O processo só será um obstáculo para quem não souber manejá-lo adequadamente; para quem souber, tendo firme um propósito de eficiência, atalhos serão inventados, saídas serão descobertas, obstáculos serão removidos. O caminho fica muito mais fácil.

Essa pesquisa tem o objetivo de descobrir meios e formas de fazer do processo um instrumento mais eficiente na prestação da atividade jurisdicional. É preciso estudar remédios que curem o processo de sua doença crônica: a morosidade, seguida da falta de efetividade, falta de estabilidade e previsibilidade, desperdício de trabalho, tempo e dinheiro. Antes disso, porém, é necessário fortalecer a base teórica que consagra o valor eficiência no sistema normativo; daí o estudo focado no princípio constitucional da eficiência.

É evidente que as causas da crise do Poder Judiciário não envolvem apenas a destreza no uso do processo. Há muitos outros problemas, talvez até mais relevantes, como a precária informatização, decorrente do descaso em investimentos na área – razão porque, de um modo geral, pode-se falar em estrutura precária – a falta de qualificação de servidores, a falta de imposição de um programa de metas e resultados, o desperdício de recursos humanos e materiais pela sua má alocação, a falta de controle, falta de informações em tempo real e falta de gerenciamento estratégico dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário frente aos órgãos judiciais de primeiro grau.

Todos esses problemas, contudo, demandam aumento de verbas e melhor gerenciamento administrativo, fugindo ao âmbito da dogmática jurídica processual. Nosso propósito, então, é focar as atenções naquilo que a doutrina e a jurisprudência podem fazer, não para sanar a crise, que é fruto de diversas causas, mas ao menos para mitigá-la. Daí que procuramos apontar problemas e soluções para a eficiência do processo exclusivamente dentro do processo, vale dizer, dos seus modelos e suas instituições internas, sem cogitar de causas e soluções exógenas.

Pode-se dizer que há anos vem se construindo uma linha de estudos em torno da efetividade do processo no Brasil. Nela, há obras que marcaram a história do Direito Processual brasileiro, como “*A instrumentalidade do processo*”, de Cândido Rangel Dinamarco. Esse propósito de efetividade marca também a obra pessoal de José Roberto dos Santos Bedaque, como na obra “*Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*” e na sua recente tese de livre docência, “*Efetividade do Processo e Técnica processual*”.

Absolutamente envolvido com o espírito dessa linha de estudos em torno da efetividade do processo, empolguei-me a pesquisar e desenvolver sobre o tema, sem nenhuma pretensão de esgotá-lo, até porque que me parece inesgotável. Procurou-se chamar a reflexão para alguns pontos, fomentar questões e propor soluções, dentro da dogmática jurídica, que pudessem otimizar a eficiência no processo civil.

O trabalho é dividido em cinco capítulos. No primeiro, procuramos desenvolver uma teoria geral do princípio da eficiência no processo civil. Começamos apresentando o contexto histórico e normativo em que se insere, sua positivação legislativa, sua valorização dentro do neoconstitucionalismo e a configuração da sua natureza jurídica como norma com estrutura deôntica diferenciada das regras. Detalhamos seu desdobramento axiológico/normativo, que ocorre em quatro subprincípios: *celeridade, efetividade, economicidade e segurança jurídica*. Extraímos conclusões gerais sobre os vetores axiológicos que apresenta ao sistema e refletimos sobre a sua potencialidade normativa.

Após a apresentação de uma teoria geral, passamos, nos capítulos seguintes, a aplicar o princípio da eficiência em pontos específicos do processo civil.

No capítulo segundo, procuramos apresentar as implicações do princípio da eficiência no tema “distribuição de competências”. Propomos uma nova visão que difere da doutrina e da jurisprudência consolidadas, concernente à flexibilização do sistema de nulidades decorrente de processo desenvolvido por juízo absolutamente incompetente.

No capítulo terceiro, discutimos a relação do princípio da eficiência com o papel constitucional dos tribunais superiores, aventando a existência de um pressuposto processual intrínseco e implícito para o recurso especial. Asseveramos que, por força do princípio da eficiência, nosso sistema jurídico tem uma vinculação muito mais estreita com a *commom law* do que atualmente se admite, pelo sistema da obrigatoriedade da observância dos precedentes.

No capítulo quarto, tratamos das relações entre o princípio da eficiência e o processo de execução. Mostramos que a fraude à execução constitui técnica de implementação judicial da tutela de evidência, ligada à efetividade da atividade jurisdicional. Ainda sobre o tema, fizemos uma sugestão para a promoção de segurança jurídica na circulação imobiliária, precavendo o comprador de boa-fé contra o reconhecimento de uma fraude à execução em processo *inter alius*, mantendo-se a efetividade do sistema. Outrossim, tecemos considerações sobre a execução contra a Fazenda Pública, a execução extrajudicial e outros meios e modos de garantir eficiência no processo executivo.

No quinto e último capítulo, abordamos as implicações do princípio da eficiência com pontos específicos do processo civil nos temas da coisa julgada e da sua eficácia preclusiva. Assim como no capítulo segundo, aqui também há a defesa de teses que não encontram respaldo na doutrina e na jurisprudência.

Cada capítulo finda com conclusões parciais.

Este trabalho tem duas singelas pretensões: a) que a sua leitura seja agradável, a quem se proponha a tanto; b) que suscite novas reflexões sobre o tema da eficiência no processo civil, sempre a merecer o devido aprimoramento.

Capítulo I

Teoria Geral do princípio da eficiência no processo civil

1. O influxo das sociedades de massa e a projeção cultural do valor *eficiência*.

A revolução industrial iniciada em meados do séc. XVIII, trouxe transformações significativas à sociedade humana, desencadeando uma evolução maciça, e ainda em pleno vigor, na capacidade de produção de bens e serviços e na velocidade de circulação de informações. Os conhecimentos científicos e tecnológicos da humanidade crescem em progressão geométrica. A par disso, o mundo experimentou no séc. XX uma explosão demográfica, com grande concentração populacional nos centros urbanos. A demanda de consumo que isso gerou vem sendo atendida. Vivemos uma era de prosperidade tecnológica; o modo de produção artesanal, manufaturado, feito sob medida para as pessoas, é praticamente uma relíquia do passado, ou algo disponível para pessoas com alto poder aquisitivo. A utilização de maquinário computadorizado propiciou extraordinária multiplicação na capacidade de produção de bens e serviços, que cresce em escala geométrica.

A sociedade transformou-se mais nos últimos cem anos do que em toda a sua história pretérita. O transporte aéreo e o crescimento vertiginoso da malha rodoviária, que acompanhou a expansiva produção de veículos utilitários da indústria automobilística, facilitaram sobremaneira a circulação humana. As informações também circulam com uma rapidez inacreditável para um homem do início do século XX, porque em segundos podem percorrer o planeta, havendo inclusive quem fale em revolução informática, tão ou mais relevante que a revolução industrial de trezentos anos atrás.¹

¹ “Como comparar o mundo da década de 1990 ao mundo de 1914? Nele viviam 5 ou 6 bilhões de seres humanos, talvez três vezes mais que na eclosão da Primeira Guerra Mundial, e isso embora no Breve Século XX mais homens tivessem sido mortos ou abandonados à morte por decisão humana que jamais antes na história. Uma estimativa recente das ‘megamortes’ do século menciona 187 milhões (Brzezinski, 1993), o equivalente a mais de um em dez da população mundial total de 1900. Na década de 1990 a maioria das pessoas era mais alta e pesada que seus pais, mais bem alimentada e muito mais longa, embora talvez as catástrofes das décadas de 1980 e 1990 na África, na América Latina e na ex-URSS tornem difícil acreditar nisso. O mundo estava incomparavelmente mais rico que jamais em sua capacidade de produzir bens e serviços e na interminável variedade destes. Não fora assim, não teria conseguido manter uma população global muitas vezes maior que jamais antes na história do mundo. (...) O mundo estava repleto de uma

Culturalmente, reflexo desse estado de coisas é o fenômeno de massificação social. Os bens e serviços são produzidos em série, padronizados em unidades idênticas para o atendimento conjunto de milhares de consumidores². Há uma tendência mundial de crescente integração de toda a comunidade planetária, tanto sob o aspecto político, jurídico, econômico e cultural, a ponto de falar-se hoje em globalização, que nada mais é que o rótulo dado a essa tendência planetária. Estão ruindo as barreiras regionais. Tudo evolui e muito rápido.

A padronização de métodos e rotinas na produção de bens e serviços implica a diminuição de custos e maior velocidade na geração e entrega de bens da vida, que se traduz em ampliação da capacidade. A sociedade padronizada produz bens com maior rapidez, informa com maior rapidez, transporta com maior rapidez. Velocidade é sua marca registrada. Mesmo os relacionamentos amorosos da atualidade começam a incorporar a característica da fugacidade. A separação ocorre hoje com a mesma facilidade e frequência do casamento. Os jovens falam em “ficar” uns com os outros, num relacionamento instantâneo e sem compromisso, muito distante de “namorar”.

A facilidade na circulação de bens e serviços e no acesso a informações pelo grande público sobre qualidade e preço, por sua vez, trouxeram um acirramento da concorrência empresarial. Sob o ponto de vista empresarial, a expansão da capacidade produtiva e comercial, com qualidade, é uma obstinação que se persegue com a otimização dos esforços. A idéia central, como de fato vem ocorrendo, é que o maquinário computadorizado substitua o homem nos seus trabalhos braçais, canalizando seu tempo e

tecnologia revolucionária em avanço constante, baseada em triunfos da ciência natural previsíveis em 1914 mas que na época mal haviam começado e cuja consequência política mais impressionante talvez fosse a revolução nos transportes e nas comunicações, que praticamente anulou o tempo e a distância. Era um mundo que podia levar a cada residência, todos os dias, a qualquer hora, mais informação e diversão do que dispunham os imperadores em 1914. Ele dava condições às pessoas de se falarem entre si cruzando oceanos e continentes ao toque de alguns botões e, para quase todas as questões práticas, abolia as vantagens culturais da cidade sobre o campo. (HOBBSAWN, Eric. *A era dos extremos – O breve século XX [1914 – 1990]*. Trad. Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 2005; pp. 21-22.)

² “A constituição dessa sociedade de massas, com seu enorme mercado interno, pode ser vista como reflexo de uma série de fatores: a existência de uma ampla e concentrada população urbana; um aumento nos gastos da classe trabalhadora em geral; um acréscimo do tempo dedicado ao lazer; notáveis melhorias dos sistemas de transporte coletivo; uma grande expansão no volume de propaganda comercial.” (REZENDE, Cyro. *História Econômica Geral*. São Paulo: Editora Contexto, 2005; p. 185)

sua energia para outras atividades. A preocupação humana é de fazer mais e em menor tempo. Nesse quadro, a palavra de ordem que se firmou na economia e na cultura planetárias é *eficiência*.

O setor público não passou insensível a essas transformações. O art. 37, caput, da nossa Constituição impõe ao Estado a observância do princípio constitucional da eficiência³. Aliás, a reforma do Estado que se desenvolveu na última década do século passado foi toda marcada pela agregação da eficiência na máquina pública. Este foi seu motor e sua matriz⁴. Procurou-se desinchar a estrutura administrativa do Estado, promovendo um amplo programa de privatizações, sem prejuízo da criação de entes autônomos para a regulamentação e fiscalização dos particulares que passariam a assumir o exercício das atividades econômicas de interesse público. Daí surgiram as agências reguladoras, cuja configuração original previa fossem dotadas de autonomia para opor-se às injunções políticas na condução dessa atividade regulatória, prevalecendo os aspectos técnicos na tomada das decisões, bem como as organizações sociais, pessoas jurídicas de direito privado que recebem apoio do Estado para a consecução de fins e valores ligados ao interesse público primário⁵.

³ Com redação acrescentada pela Emenda Constitucional n.º 20/1998.

⁴ “Ao lado do desafio do controle da Administração, as últimas décadas trouxeram outra preocupação para os administrativistas: assegurar a eficiência da Administração. Com efeito, no momento em que a Administração deixou de lado o modelo liberal para assumir uma função prestadora de direitos, a eficaz realização desses direitos passou a ser questão fundamental do direito administrativo. Grande parte do esforço administrativo na atualidade, assim, tem-se voltado para atender às demandas de eficiência administrativa.” (BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003; pp. 22-23)

⁵ O Ministro Gilmar Mendes proferiu decisão monocrática no STF da qual destaco o seguinte trecho: “No Brasil, a redefinição do papel do Estado e sua reconstrução têm importância decisiva em razão de sua incapacidade para absorver e administrar com eficiência todo o imenso peso das demandas que lhe são dirigidas, sobretudo na área social. O esgotamento do modelo estatal intervencionista, a patente ineficácia e ineficiência de uma administração pública burocrática baseada em um vetusto modelo weberiano, assim como a crise fiscal, todos observados em grande escala na segunda metade da década de oitenta, tornaram imperiosa a reconstrução do Estado brasileiro nos moldes já referidos de um Estado gerencial, capaz de resgatar sua autonomia financeira e sua capacidade de implementar políticas públicas. Trata-se, portanto, de uma redefinição do papel do Estado, que deixa de ser agente interventor e produtor direto de bens e serviços para se concentrar na função de promotor e regulador do desenvolvimento econômico e social. Assim, a Reforma do Estado brasileiro envolveu, num primeiro momento ou numa primeira geração de reformas, alguns programas e metas, voltadas primordialmente para o mercado, tais como a abertura comercial, o ajuste fiscal, a estabilização econômica, a reforma da previdência social e a privatização de empresas estatais, criação de agências reguladoras, quase todas já implementadas, ainda que parcialmente, na década de noventa. Uma vez eliminado o perigo hiperinflacionário e efetivada a estabilização da economia, o desafio atual está na formulação e efetivação de políticas públicas voltadas para o social, primordialmente nas áreas de saúde, moradia e educação. Constatada, no entanto, a incapacidade do aparato estatal para dar conta de todas as

2. A crise de morosidade do Poder Judiciário e o clamor social por eficiência

A noção de Estado, como destinatária desse dever de eficiência, compreende não apenas os órgãos e agentes do Poder Executivo, parte mais inchada e mais visível da sua existência, mas também abrange os órgãos e agentes do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. Por isso, quando se pensa em princípio da eficiência, não se pode desconsiderar a ação conjunta dos três poderes para promover os fins, valores e interesses positivados no texto constitucional – todos devem estar engajados e integrados.

Claro que toda essa revolução tecnológica trouxe consequências no plano dos comportamentos e das expectativas. A sociedade de massas está marcada pela necessidade de rapidez nas atividades humanas e essa rapidez acaba sendo exigida também na resolução dos conflitos de interesse. Uma metrópole, verdadeiro formigueiro de gente, só pode ser controlada e manter a coesão social se houver um mecanismo de resolução ágil

demandas sociais, o foco passou a ser a Reforma do Aparelho do Estado. O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado – elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado, do Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso (1995)– contém os programas e metas para uma reforma destinada à transição de “um tipo de administração pública burocrática, rígida e ineficiente, voltada para si própria e para o controle interno, para uma administração pública gerencial, flexível e eficiente, voltada para o atendimento do cidadão”. Dentre esses programas e metas, assume especial importância o programa de publicização, que constitui a “descentralização para o setor público não-estatal da execução de serviços que não envolvem o exercício do poder de Estado, mas devem ser subsidiados pelo Estado, como é o caso dos serviços de educação, saúde, cultura e pesquisa científica”. Assim consta do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado: “A reforma do Estado envolve múltiplos aspectos. O ajuste fiscal devolve ao Estado a capacidade de definir e implementar políticas públicas. Através da liberalização comercial, o Estado abandona a estratégia protecionista da substituição de importações. O programa de privatizações reflete a conscientização da gravidade da crise fiscal e da correlata limitação da capacidade do Estado de promover poupança forçada através das empresas estatais. Através desse programa transfere-se para o setor privado a tarefa da produção que, em princípio, este realiza de forma mais eficiente. Finalmente, através de um programa de publicização, transfere-se para o setor público não-estatal a produção dos serviços competitivos ou não-exclusivos de Estado, estabelecendo-se um sistema de parceria entre Estado e sociedade para seu financiamento e controle. Deste modo o Estado reduz seu papel de executor ou prestador direto de serviços, mantendo-se entretanto no papel de regulador e provedor ou promotor destes, principalmente dos serviços sociais como educação e saúde, que são essenciais para o desenvolvimento, na medida em que envolvem investimento em capital humano; para a democracia, na medida em que promovem cidadãos; e para uma distribuição de renda mais justa, que o mercado é incapaz de garantir, dada a oferta muito superior à demanda de mão de obra não-especializada. Como promotor desses serviços o Estado continuará a subsidiá-los, buscando, ao mesmo tempo, o controle social direto e a participação da sociedade.” O programa de publicização, portanto, permite ao Estado compartilhar com a comunidade, as empresas e o Terceiro Setor a responsabilidade pela prestação de serviços públicos como os de saúde e educação. Trata-se, em outros termos, de uma parceria entre Estado e sociedade na consecução de objetivos de interesse público, com maior agilidade, eficiência. As Organizações Sociais correspondem à implementação do Programa Nacional de Publicização-PNP e, dessa forma, constituem estratégia central da Reforma do Estado brasileiro.” (STF, ADI 1923, publicação no DJe de 20.09.2007, Relator para acórdão Min. Eros Grau).

dos inúmeros conflitos subjetivos que surgem ao ritmo das infundáveis aspirações e desgraças humanas. Se o Estado não resolve os conflitos na velocidade da sociedade, o caos vai se instalando porque a tendência é de que as pessoas façam isso por si próprias, sendo que a justiça pelas próprias mãos geralmente descamba para a arbitrariedade, que por sua vez instiga a vingança, numa fórmula circular que, expandida, tende a gerar desagregação social, ampliar a violência e a própria conflituosidade⁶.

A falta de rapidez e de efetividade na solução de conflitos, que se faz por meio da atividade jurisdicional, estimula as pessoas a buscarem Justiça com as próprias mãos, ou então a lesarem os direitos alheios, com a obtenção de vantagens indevidas, pelo sentimento de impunidade decorrente da omissão estatal. É fator que estimula litígios.

Além da rapidez, a distribuição da justiça e a manutenção da ordem no controle de uma sociedade gigantesca precisa garantir uniformidade e previsibilidade no tratamento dispensado aos cidadãos. Nada gera mais indignação do que um tratamento diverso para pessoas que estejam na mesmíssima situação de fato⁷.

⁶ Ada Pellegrini Grinover, discorrendo sobre o “renascimento das vias conciliativas” de solução dos litígios, faz um paralelo entre a crise da Justiça e o aumento da litigiosidade, verbis: “A morosidade dos processos seu custo, a burocratização na gestão dos processos, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz, que nem sempre lança mão dos poderes que os códigos lhe atribuem; a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à obstrução das vias de acesso à justiça e ao distanciamento entre o Judiciário e seus usuários. O que não acarreta apenas o descrédito na magistratura e nos demais operadores do direito, mas tem como preocupante consequência a de incentivar a litigiosidade latente, que freqüentemente explode em conflitos sociais, ou de buscar vias alternativas violentas ou de qualquer modo inadequadas (desde a justiça de mão própria, passando por intermediações arbitrárias e de prepotência, para chegar até os “justiceiros”). (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os fundamentos da Justiça Conciliativa*. In *Mediação e Gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional*. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Caetano Lagrasta Neto, coordenadores. São Paulo: Ed. Atlas, 2007; p. 2.)

⁷ “Qualquer que seja a norma que tomemos em consideração (justa ou injusta, válida ou inválida, de direito material ou de direito processual etc.), sua aplicação só será justa na medida em que for uniforme. Isso ocorrerá somente se a consequência prescrita pela norma for imposta a todos os indivíduos que se enquadrarem no modelo de conduta por ela prescrito e, cumulativamente, se não for imposta a nenhum dos indivíduos que naquele modelo não se enquadrarem.” (OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual*. Temas fundamentais de Direito, vol. 8. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007; p. 161.) (...) “De qualquer modo, a incompatibilidade entre julgados – evitável ou não – consiste em ofensa à justiça formal. Por integrar a noção transcendente e ontológica do valor justiça, a igualdade na aplicação da norma se torna, sem dúvida, um dos componentes nucleares dos sistema de princípios constitucionais do processo, traduzidos pelas fórmulas sintéticas do acesso à justiça e do devido processo legal substancial.” (Idem, p. 164.)

Ocorre que o Poder Judiciário, cobrado pela necessidade social de prover a sua atividade jurisdicional de maior *eficiência*, vê-se mergulhado numa crise crônica de morosidade. A profundidade dessa crise é tão alarmante que o Min. Sepúlveda Pertence do Supremo Tribunal Federal (hoje aposentado), em palestra proferida no ano de 2004 na Procuradoria Geral da República, chegou a falar em *falência* do Poder Judiciário.

Há, diante desse quadro, um nítido clamor social por eficiência. Quer-se um Poder Judiciário preparado para prover um serviço de qualidade, com rapidez e efetividade⁸. Por isso é preciso refletir sobre o que envolve, desde a toda sua estrutura administrativa, com os recursos humanos e materiais de que dispõe, até o processo, que é o instrumento necessário (*a ferramenta de trabalho*) para o desempenho da sua atividade fim: prestar a tutela jurisdicional. É preciso controlar conflitos de massa e também dar conta de situações de fato cada vez mais complexas, decorrentes de um processo social de profunda especialização tecnológica, científica e cultural, com o surgimento de novos conflitos, novos direitos e deveres (direito ambiental, direito digital, etc.). A comunidade jurídica cada vez mais se convence da necessidade de adaptar o processo a essa realidade dinâmica, mutável e rapidamente maleável da vida social⁹.

⁸ “Pesquisa nacional da FGV Direito Rio com o Ipespe revela que os brasileiros querem mesmo é que juízes prestem mais serviço: o serviço público de equacionar conflitos dentro da lei. Querem mais sentenças, rápidas e definitivas. (...)O brasileiro reconhece dois fatores positivos: a ampliação do acesso e o combate a irregularidades. Nesse sentido, a cobertura da mídia, a ação do CNJ e dos tribunais contra nepotismo, corrupção, limites salariais e a favor da moralização de concursos, audiências públicas nas inspeções da Corregedoria nos Estados e tanto mais causam impacto positivo na imagem do Judiciário. E não negativo, como temem alguns juízes. A transparência compensa. Para a população, a Justiça está mudando. Nesse quadro, o que destoa é a lentidão. O brasileiro não se queixa da qualidade das sentenças, mas da quantidade. É pouca. Cerca de 88% caracterizam a Justiça como lenta, e 78% como cara. Por isso, expressivos 43% prefeririam assegurar seus direitos pela conciliação. Se o Judiciário quisesse oferecer o serviço que o povo quer, o caminho é menos adjudicação e mais conciliação. É mais rápido. (...)Fica claro. Para a população, a legitimidade da Justiça não advém apenas de sua realidade como poder político. Advém, também, de sua agilidade e eficiência como prestadora de serviço público essencial, gênero de primeira necessidade. Tão importante quanto moradia e cesta básica. De resto, é fácil perceber o paradoxo: quanto mais eficiência, mais poderio. Quanto mais serviço, mais poder. O círculo é virtuoso.” (FALCÃO, Joaquim. *Menos poder e mais serviço*. In jornal Folha de São Paulo, edição de 05.04.2009.)

⁹ “Embora seja um produto da sociedade, o direito não pode prever todas as situações que ocorrem no mundo dos fatos. Da mesma forma, o direito processual também não consegue estabelecer, em *numerus clausus*, os mecanismos destinados à solução dos conflitos de interesses ou dos casos que necessitam de um provimento jurisdicional. Além disso, em determinadas hipóteses, há, ao menos teoricamente, mais de uma solução possível, seja pela existência de “brechas” na legislação, seja pela viabilidade de escolha de mais de um caminho ou, ainda, por controvérsias existentes na doutrina e/ou jurisprudência. Como o direito não pode abranger todas as situações da vida, utiliza normas padronizadas, que regulam determinados tipos de comportamentos. Todavia, a constante mutação nas relações sociais permite concluir que o direito processual

3. Breves notas sobre a positivação do princípio da eficiência

3.1 O princípio da eficiência no art. 37, caput, da Constituição

O princípio da eficiência no processo civil decorre diretamente do artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, tendo sido explicitamente incluído no texto com a Emenda Constitucional n.º 19/1998. Esse dispositivo impõe o dever de produzir com eficiência a qualquer atividade estatal e nela se inclui a atividade exercida pelo Poder Judiciário.

A bem da verdade, contudo, referido princípio já estava implicitamente consagrado no texto original da Constituição de 1988, não se concebendo que, antes de sua explícita inserção no caput do art. 37 da CF, pudesse o Estado ser ineficiente. Sua raiz normativa está no direito fundamental de amplo acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV¹⁰) e no direito fundamental ao devido processo legal (CF, art. 5º, LIV¹¹).

deve adaptar-se à realidade sócio-econômica, surgindo, então, a possibilidade de ser aplicado o princípio da fungibilidade, para permitir o abrandamento do culto irracional às formas processuais. O descompasso entre o ordenamento jurídico e a realidade social gera a “crise do direito”, tendo em vista que a sociedade muda mais rapidamente que o direito (as mudanças do direito e da sociedade não são sincrônicas). Em consequência, o direito deve possuir mecanismos para adaptar suas regras, em muitos pontos anacrônicas, à realidade social, situando-se o princípio da fungibilidade como um dos instrumentos colocados à disposição do operador do processo para a flexibilização das formas processuais, em busca da melhoria da prestação jurisdicional. Evidentemente que não serão a identificação e a utilização da fungibilidade que irão propiciar a resolução dos problemas existentes no Poder Judiciário. Na verdade, há necessidade de uma mudança de paradigma, tornando o próprio direito mais adaptado à realidade. De qualquer maneira, trata-se de uma tentativa de dinamizar as regras processuais, buscando alternativas para que o direito material, razão última da existência do direito processual, não seja sacrificado apenas por questões relacionadas à técnica ou, mais precisamente, à falta de técnica. A complexidade das relações sociais aumenta a diversidade das situações fáticas, devendo o processualista estar atento a essa realidade para que possa trabalhar com uma visão multidisciplinar, inserindo o direito no contexto social. Não é possível que o direito consiga abarcar todas as situações existentes no plano dos fatos, ou seja, não se pode pretender que o sistema jurídico opere num grau de complexidade tão elevado ou equivalente ao de seu ambiente. Por isso, aqueles que trabalham com o processo devem estar preparados para lidar com situações novas e imprevistas, buscando soluções que possam não ser dadas a partir dos parâmetros legislativos e jurisprudenciais existentes.” (TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Princípio da fungibilidade: rumo à deformalização do processo*. In Bases Científicas para um renovado Direito Processual. Athos Gusmão Carneiro e Petrônio Calmon (org.). 2. ed. Salvador: Editora Jus Podivm; pp. 147-172)

¹⁰ CF, art. 5º, XXXV: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Esse dispositivo teve notável mudança de redação frente ao seu similar da Constituição de 1967, a qual previa que “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão a direito individual” (XXX). Como se vê, acrescentou-se a “ameaça a direito” como uma das possibilidades de atuação jurisdicional, legitimando-se constitucionalmente uma tutela processual de cunho preventivo (tutela inibitória); além disso, retirou-se o qualificativo de “individual” aos direitos passíveis de tutela, abrindo espaço para a ampliação da defesa dos direitos difusos e coletivos.

¹¹ CF, art. 5º, LIV: “Ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

3.2 O direito de acesso à Justiça e o princípio da eficiência

O direito de amplo acesso à Justiça compreende não apenas a possibilidade do ingresso de uma demanda para apreciação do Poder Judiciário (*direito de ação, público subjetivo e abstrato*), mas também o direito a que essa demanda seja *apreciada* no menor tempo possível. Ou seja, não é só a facilidade da submissão do conflito ao aparato estatal formal, mas também a facilidade (ou a ausência de dificuldade) para que esse conflito seja apreciado e resolvido, concretizando, no âmbito do direito material, a recomposição de direitos lesados.

Se a lei cria obstáculos indevidos à apreciação de uma demanda, ela exclui, indiretamente, sua apreciação do Poder Judiciário. Assim, por via transversa, agride esse direito fundamental de acesso à Justiça. A “exclusão de apreciação da demanda”, que se veda à lei, compreende portanto a possibilidade de ingressar com a demanda *mais* o direito a que a apreciação dessa demanda ocorra sem percalços indevidos, ou seja, no menor tempo possível, com a maior previsibilidade possível de comportamento e conseqüências para as partes e com estabilidade das decisões judiciais, implicando uma efetiva alteração da realidade material – desde que seja o caso.

É um direito a uma prestação *positiva e com qualidade* do Estado. Não basta abrir as portas da Justiça; é preciso também trilhar o caminho e dar meios para permitir que se chegue rapidamente até o seu fim¹².

¹² Neste sentido a posição de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, para os quais o direito fundamental à inafastabilidade da jurisdição compreende o direito a uma tutela adequada, efetiva e tempestiva. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. São Paulo: RT, 2001; pp. 49-53.). Vide também artigo de Fabiano Carvalho, *EC N.º 45: reafirmação da garantia da razoável duração do processo*. In Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional N. 45/2004. Tereza Arruda Alvim Wambier *et alli*, coord. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005; p. 216, no qual o autor sustenta que “A duração do processo em prazo razoável é manifestação do direito fundamental ao acesso à justiça); Ver também na mesma obra artigo de Alessandra Mendes Spalding, *Direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5.º da CF inserido pela EC N. 45/2004*; p. 31: “Antes mesmo da inserção do inciso LXXVIII ao art. 5.º da CF, dada pela EC n. 45, de 08.12.2004, a melhor doutrina já defendia a garantia constitucional da tutela jurisdicional tempestiva decorrente do inciso XXXV do mesmo artigo.” Embora eles estejam tratando do direito à razoável duração do processo, a ligação com o princípio da eficiência é evidente, uma vez que esse direito representa um dos desdobramentos do princípio da eficiência, qual seja, o subprincípio da celeridade.

3.3 O devido processo legal e o princípio da eficiência

O direito ao devido processo legal foi importado da cultura jurídica norte-americana¹³. É preciso reconhecer, todavia, que a cláusula do “*due process of law*” possui uma importância para os Estados Unidos muito maior do que o nosso equivalente tem para o Brasil. Isso ocorre porque a Constituição estadunidense tem um texto muito mais enxuto que a Constituição brasileira; ela não tem um rol amplo e detalhado de direitos e garantias fundamentais, como tem a nossa Constituição, de sorte que o reconhecimento de vários direitos lá ocorre pela cláusula genérica do devido processo legal. Assim, eles não têm expressamente positivados muitos dos direitos fundamentais que estão redigidos abertamente na Constituição brasileira.

Diante disso, o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial da cláusula do devido processo legal foi muito mais acentuado nos Estados Unidos do que no Brasil. Lá se fala em devido processo legal em sentido formal, que confere garantias processuais aos litigantes (contraditório, ampla defesa, juiz natural, etc.), bem como em devido processo legal em sentido substancial, que implica normas de postura ética, de equidade e de justiça em todos os ramos do direito material¹⁴.

A bem da verdade, no direito brasileiro, o devido processo legal acabou ficando como repositório de garantias processuais implícitas, porque não carecia aplicá-lo

¹³ “Pela primeira vez na Constituição brasileira, o texto de 1988 adota expressamente a fórmula do direito anglo-saxão, garantindo que ‘ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’.” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996; p. 82). “A origem do *substantive due process* teve lugar justamente com o exame da questão dos limites do poder governamental, submetida à apreciação da Suprema Corte norte-americana no final do século XVIII.” (NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; p. 67)

¹⁴ “A cláusula do *due process of law* não indica somente a tutela processual, como à primeira vista pode parecer ao intérprete menos avisado. Tem sentido genérico, como já vimos, e sua caracterização se dá de forma bipartida, pois há o *substantive due process* e o *procedural due process*, para indicar a incidência do princípio em seu aspecto substancial, vale dizer, atuando no que respeita ao direito material, e, de outro lado, a tutela daqueles direitos por meio do processo judicial ou administrativo. Quanto instituído no sistema jurídico inglês pela Magna Carta de 1215, o *due process* ressaltava seu aspecto protetivo no âmbito do processo penal, sendo, portanto, de cunho eminentemente processualístico naquela ocasião. O conceito de ‘devido processo’ foi-se modificando no tempo, sendo que a doutrina e a jurisprudência alargaram o âmbito de abrangência da cláusula, de sorte a permitir interpretação elástica, o mais amplamente possível, em nome

quando houvesse outras regras ou princípios positivados. Há quem sustente que, ainda que os outros princípios e regras que positivam garantias fundamentais no processo não existissem, eles decorreriam do devido processo legal¹⁵. Além dessa função de integração de lacunas, o devido processo legal poderia justificar soluções que não tivessem amparo na estrita letra da lei, ou ainda contra ela, desde que garantias fundamentais de justiça ou da aplicação do direito material pudessem ser violadas¹⁶.

Exatamente por ter essa feição de um amplo leque no qual caberiam diversas outras garantias e direitos processuais, seria bastante plausível extrair o princípio da eficiência, em suas quatro projeções (celeridade, efetividade, segurança jurídica e economia

dos direitos fundamentais do cidadão.” (NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; p. 65)

¹⁵ Sobre “as garantias do devido processo legal”: “Entende-se, com essa fórmula, o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas ao interesse das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimamente do exercício da jurisdição.” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996; p. 82). Nelson Nery chegou a afirmar que: “Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies.” (NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; p. 60)

¹⁶ Sobre o tema, numa aplicação prática dessa concepção do devido processo legal, tecemos as seguintes considerações no bojo da nossa dissertação de mestrado: “Muitas vezes não há como esperar ou aguardar a iniciativa processual de quem a detenha, devendo ser adotadas medidas urgentes no plano da realidade fática, ainda quando não haja processo judicial regularmente instaurado. O princípio da prioridade absoluta traz, como implicação, a prevalência de tal núcleo de direitos fundamentais sobre quaisquer outros, inclusive o direito ao devido processo legal sob o aspecto formal. Como se sabe, a cláusula do devido processo legal pode ser compreendida em duplo aspecto: o devido processo legal em sentido formal (*due process of law*) e em sentido substantivo (*substantive due process*). No primeiro sentido, a privação da liberdade e da propriedade de um indivíduo só podem ser feitas pela observância das normas e procedimentos previstos na legislação, reconhecendo-se uma série de garantias inerentes a um julgamento justo (ainda que não previstas na legislação), como o direito ao contraditório, ampla defesa, motivação das decisões, juiz imparcial, juiz natural, etc. No segundo sentido, substantivo, o direito ao devido processo legal irá abranger a efetivação de direitos materiais, extrapolando o conceito de justiça dos limites do processo para abranger qualquer relação jurídica humana, impondo aos particulares entre si e ao Poder Público o dever de agir com lealdade e boa-fé, respeitando os direitos alheios e o ordenamento jurídico de um modo geral, procedendo de modo a trazer justiça para o seu comportamento humano. Ainda que se vislumbre violação ao sentido meramente formalístico do devido processo legal, cumpre reconhecer que a concessão de cautelar *ex officio* e *ex ante processus*, em algumas situações, faz verdadeiramente efetiva a garantia de plenitude do acesso à Justiça. O princípio da prioridade absoluta dá ao magistrado uma amplíssima margem de liberdade para resolver o problema da criança e do adolescente, devendo-se fazer o que tiver de ser feito.” (GONÇALVES FILHO, João Gilberto. *O princípio constitucional da prioridade absoluta*. Dissertação de Mestrado apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; 2006).

processual) abaixo desenvolvidas, como decorrentes do devido processo legal¹⁷. Basta considerar que a eficiência não está só ligada ao interesse do Estado de logo desincumbir-se do seu dever de prestar a jurisdição, mas é também uma garantia das partes de ver o seu conflito prontamente resolvido, com uma solução que repercuta no plano dos fatos, traga estabilidade às suas relações e seja o menos custosa possível.

3.4 O direito fundamental à razoável duração do processo

O direito fundamental de inafastabilidade da jurisdição e o direito fundamental ao devido processo legal constaram do texto original da Constituição de 1988. O princípio da eficiência podia se dizer implícito nestes princípios. Todavia, como vimos, foi expressamente positivado no caput do art. 37 da Constituição, pela EC n.º 19/1998.

O direito fundamental à razoável duração do processo, por sua vez, expressamente positivado com a E.C. n.º 45/2004, pela introdução do inciso LXXVIII ao rol de direitos fundamentais, é um corolário do princípio da eficiência. É um dos seus desdobramentos, ou subprincípios. Nada mais é do que aqui denominaremos como princípio da celeridade.

Há quem entenda que a introdução desse direito fundamental (acrescentamos: introdução explícita, porque ele já existia) não vai trazer nenhuma melhora no problema crônico da morosidade do Poder Judiciário¹⁸.

¹⁷ Ao menos no âmbito do processo penal, em diversas oportunidades o STF já proclamou que o subprincípio da celeridade decorrente do devido processo legal. Confira, p. ex., o HC 80379/SP, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 18/12/2000, publicado no DJ em 25/05/2001, no qual se assentou: “O JULGAMENTO SEM DILAÇÕES INDEVIDAS CONSTITUI PROJEÇÃO DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. - O direito ao julgamento, sem dilações indevidas, qualifica-se como prerrogativa fundamental que decorre da garantia constitucional do “due process of law”. O réu - especialmente aquele que se acha sujeito a medidas cautelares de privação da sua liberdade - tem o direito público subjetivo de ser julgado, pelo Poder Público, dentro de prazo razoável, sem demora excessiva e nem dilações indevidas.” Ora, se isso vale para a liberdade física, há de valer também para litígios que envolvam outros direitos fundamentais discutidos no âmbito cível, como a propriedade, a liberdade de manifestação do pensamento, a liberdade de crença, a intimidade, etc.

¹⁸ “Presentes tais considerações, não é difícil perceber que a Emenda n. 45 não implicará modificação no quadro atual de lentidão da Justiça e, portanto, não garantirá a prometida efetividade da jurisdição. Concede-se que algumas das alterações – entre elas, a previsão de justiça itinerante, a autonomia funcional e administrativa das defensorias públicas, a criação da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados e a obrigatoriedade de realização de sessões públicas para as decisões administrativas dos

Discordamos deste entendimento por três razões. Embora o novo inciso LXXVIII do art. 5.º nada tenha acrescentado em termos normativos, porque esse direito já decorria do princípio da eficiência, é conveniente, do ponto de vista psicológico, que tenha sido *expressamente* reconhecido. A “*inovação*” constitucional chama a atenção dos operadores do Direito e faz despertar nas autoridades a existência do dever de imprimir eficiência.

Essa função educativa da técnica legislativa não pode ser socialmente ignorada nem desprezada, vindo a colaborar na medida em que estreita os laços de vinculação do intérprete com o sistema jurídico. Assim que o referido dispositivo entrou em vigor, vários debates se travaram na doutrina sobre o eventual dever do Estado de reparar civilmente pela demora injustificada ou excessiva na prestação jurisdicional. A movimentação doutrinária (e futuramente jurisprudencial) sobre o tema demonstra bem a relevância da introdução desse dispositivo.

A segunda razão é que, se considerarmos esse direito de celeridade do artigo 5.º, LXXVIII, ou o princípio da eficiência do art. 37, caput, ambos da Constituição, como palavras soltas e vazias, sem qualquer relevância normativa, então de fato eles não terão nenhuma importância prática. Todavia, todo este trabalho dirige-se em sentido contrário, procurando demonstrar que há sim aspectos relevantes a serem extraídos dessas disposições constitucionais para a implementação de providências concretas na praxe do processo civil. Tudo o que se verá daqui para frente caminha no sentido de densificar esta idéia, lançando luzes sobre como isto poderá ser feito.

Terceiro, a inserção deste dispositivo no rol dos direitos fundamentais reforça a necessidade de sua aplicabilidade imediata, por força do § 1.º do art. 5.º da

tribunais – representam avanço em relação ao texto anterior. Entretanto, análise atenta e equilibrada do novo texto torna patente que não houve preocupação com o acesso à Justiça e a efetividade do processo. A referência ao direito à *razoável duração do processo* (art. 5.º, LXXVIII) constitui mera promessa, sem qualquer ressonância prática. (LOPES, João Batista. *Reforma do Judiciário e efetividade do processo civil*. In *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional N. 45/2004*. Tereza Arruda Alvim Wambier *et alli*, coord. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005; p. 330.)

Constituição¹⁹, devendo-se rejeitar a resignação de quem só vislumbra a possibilidade de um processo célere em futuro incerto e não sabido, a depender de alterações legislativas, estruturais e de maiores investimentos no Poder Judiciário. Embora tudo isso seja relevante para promover a razoável duração do processo, pretendemos demonstrar que uma mudança de mentalidade por parte da magistratura e dos servidores do Poder Judiciário, que repercuta diretamente no seu modo de trabalho, pode ser decisiva para alcançar este objetivo.

4. A retomada da constitucionalização do direito processual civil.

Como premissa necessária para aprofundar as bases teóricas do princípio da eficiência e ponderar sobre suas aplicações, devemos assentar a verdadeira revolução que se vem desenvolvendo com a projeção da força normativa da Constituição sobre todos os ramos do Direito, dentre os quais o processo civil, objeto de nosso exame neste trabalho.

A evolução científica experimentada por cada um dos ramos do Direito, com o suceder histórico, fez com que adquirissem elevado nível de autonomia, tão profundo que houve uma perda da noção de unidade. As matérias nas quais o Direito é segregado para fins de estudo, nas universidades, são tratadas como se fossem estanques entre si, como se cada qual tivesse vida própria e independente.

Vemos estudiosos em direito constitucional (os “*constitucionalistas*”), em direito civil (os “*civilistas*”), em direito administrativo (os “*administrativistas*”), em direito penal (os “*penalistas*”), em direito tributário, comercial e assim por diante, cada qual admitindo, muitas vezes, saber pouco ou nada dos demais ramos do direito²⁰. Mais longe ainda, hoje em dia é comum nos depararmos com advogados especializados em uma pequena parcela de um dos sub-ramos do Direito; desta feita, no caso do direito civil, temos advogados só especializados em contratos, outros especializados em responsabilidade civil,

¹⁹ CF, art. 5.º, § 1.º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.” Esta importância foi salientada por Alessandra Mendes Spalding, ob. cit., pp. 33-35.

²⁰ “A falta de comunicação entre os diversos ramos do direito provoca efeitos indesejáveis. Muito daquilo que, para os operadores de uma disciplina jurídica é tido como ponto pacífico pode ser, para os operadores de outras disciplinas, um completo despropósito.” (AFONSO DA SILVA, Virgílio. *A constitucionalização do direito*. São Paulo: Malheiros, 2005; p. 17)

outros em direito de família, outros em direitos autorais; no caso do direito penal, encontramos advogados especializados em crimes de tráfico de entorpecentes, outros em crimes societários, outros em crimes financeiros e assim sucessivamente, com todos os demais ramos do Direito²¹.

Esse crescimento do mercado do Direito, acompanhando a evolução das relações sociais, trouxe uma incrível sofisticação e especialização da doutrina jurídica nesses variados temas²². Em contrapartida, a especialização provoca, como efeito colateral, a alienação do todo, vale dizer, acaba-se perdendo de vista que o direito é um sistema único e coordenado, sendo que as normas de conduta devem conviver harmonicamente entre si. Há uma ligação intrínseca entre todas as suas manifestações

Atentando para esta circunstância, a doutrina especializada vem resgatando a importância da Constituição como norma fundamental e hierarquicamente superior de um país, refletindo especificamente sobre as influências do texto constitucional nos demais

²¹ Oscar Vilhena Vieira, em entrevista ao periódico Tribuna do Direito, fez um panorama deste fenômeno no âmbito da advocacia, afirmando que “Antes, havia os grandes nomes que atendiam os clientes em diversos setores. Lembro-me do professor Miguel Reale, que tinha clientes donos de grandes lojas e magazines, que o consultavam para tudo: do divórcio do filho às licitações, passando pelo fechamento de contratos. Isso marca a advocacia do século XX no Brasil. Já havia os especialistas, em especial o trabalhista e o criminalista, mas o ‘modelão’ era o da ‘clínica geral’. A grande mudança começou a surgir no final do século passado, com a transformação dos escritórios de advocacia em empresas. Dentro desse novo modelo, com a complexidade da vida contemporânea, houve a necessidade de especialização. (...) Os anos 90 criaram uma nova figura, a do advogado altamente especializado. O escritório é como um hospital, que tem um especialista para cada área. Conforme o problema levado pelo cliente, é atendido em um determinado departamento. Vai ter advogado que fará incisivamente uma operação específica. Esse advogado tem de rapidamente entender qual é a necessidade do cliente.” Depois, perguntado se “Isso é bom?”, respondeu: “Tem-se a tendência de achar que pode ser problemático. Que o advogado-cirurgião possa estar, muitas vezes, habilitado a resolver um problema específico, mas sem condições de mensurar o impacto da decisão sobre o todo. O advogado do estilo Miguel Reale ou Theotônio Negrão conhecia o cliente. Sabia, muitas vezes, que o cliente não queria aquilo naquele momento. Voltar ao modelo anterior é impossível e o sistema atual gera desconforto porque há uma infidelidade do cliente. Não existe relação sólida entre cliente e advogado. O escritório tem de estar o tempo todo brigando para manter o cliente; e o cirurgião, que cuida de um assunto específico, não conhece a inteira realidade do cliente. O que tem surgido são os escritórios mais sofisticados, com condições de dar um atendimento mais global ao cliente e, eventualmente, apoiam a empresa na busca de um determinado especialista, quando necessário. Essa é a advocacia mais interessante que se está fazendo, com o surgimento de pequenos escritórios, com profissionais muito capacitados. É aí que surge o diferencial da formação: não é mais o advogado simplesmente super-especialista, é um advogado que tem uma formação sólida, que conhece bem o Direito e seus princípios gerais, que conhece bem a Constituição e o Direito Constitucional.” (jornal Tribuna do Direito, caderno livros, ano 15, n.º 169, maio de 2009, pp. 1-2, São Paulo-SP)

²² O fenômeno não é exclusivo do Direito, que é objeto do estudo de uma ciência humana. Basta pensar nas inúmeras especializações da Medicina (que é uma ciência biológica) e das diversas Engenharias que se

ramos do direito. Se a Constituição se situa no ápice da pirâmide normativa e nela consta um programa normativo, axiologicamente carregado, para a realização de um autêntico Estado Democrático de Direito, então é preciso reler todas as normas legais (infra-constitucionais) de um determinado ramo do direito para aquilatar sobre a sua compatibilidade com os fins e valores do texto constitucional²³.

A constitucionalização no Brasil também decorre da sua democratização, com a derrocada do regime militar e a promulgação da Constituição de 1988²⁴. Este último fato, segundo Paulo Schier, exteriorizou a tentativa de instauração de um novo momento político e jurídico no país, fundado na democracia, no Estado de Direito, na dignidade da pessoa humana e na revitalização de direitos fundamentais. Havia um sentimento de euforia pelas possibilidades e potencialidades trazidas da nova Constituição, mas também de desconfiança, pela descrença quanto à sua capacidade de se impor diante de um cenário ainda conturbado. A teoria constitucional teve de realçar a força normativa Constituição, protegê-la dos ataques que sofria e criar instrumentos dogmáticos para sua adequada compreensão e realização²⁵.

Ele aduz que assim se desenvolveu a concepção de filtragem constitucional:

ensinam nas faculdades (que são ciências exatas). Ele é mera decorrência do desenvolvimento humano nos mais diversos assuntos culturais.

²³ “Segundo Schuppert e Bumke, no início do processo de irradiação do direito constitucional pelos outros ramos do direito, um dos objetivos principais era simplesmente a solidificação da submissão desses ramos aos ditames constitucionais. Ainda que essa submissão soe trivial para o jurista contemporâneo, nem sempre foi assim, especialmente por causa da milenar tradição do direito privado como área do direito reservada à autonomia privada, não submetida às previsões do direito público.” (AFONSO DA SILVA, Virgílio. *A constitucionalização do direito*. São Paulo: Malheiros, 2005; p. 41)

²⁴ “Nos Estados de democratização mais tardia, como Portugal, Espanha e, sobretudo, o Brasil, a constitucionalização do direito é um processo mais recente, embora muito intenso. Verificou-se, entre nós, o mesmo processo translativo ocorrido inicialmente na Alemanha e em seguida na Itália: a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico. A partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade dos seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente, a Constituição ingressou na paisagem jurídica do país e no discurso dos operadores jurídicos.” (BARROSO, Luiz Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional do Brasil)*. In *Processo Civil, novas tendências, Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008; p. 226).

²⁵ SCHIER, Paulo Ricardo. *Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo*. In *Processo Civil, novas tendências, Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008; p. 251.

“Nesse quadro, então, desenvolveu-se a idéia de filtragem constitucional, que tomava como eixo a defesa da força normativa da Constituição, a necessidade de uma dogmática constitucional principialista, a retomada da legitimidade e vinculatividade dos princípios, o desenvolvimento de novos mecanismos de concretização constitucional, o compromisso ético dos operadores do Direito com a Lei Fundamental e a dimensão ética e antropológica da própria Constituição, a constitucionalização do direito infraconstitucional, bem como o caráter emancipatório e transformador do Direito como um todo.”²⁶

Essa idéia de filtragem constitucional, portanto, nada mais significa do que submeter todo o direito infraconstitucional ao filtro da Constituição, retendo e expurgando como impureza todos os atos hierarquicamente inferiores que não puderem se conciliar com o seu texto, adaptando e remodelando toda a legislação para que lhe seja conforme. É como se toda a legislação fosse realmente filtrada pela Constituição, disso derivando um novo sistema normativo²⁷.

Esta releitura normativa, filtrada pela Constituição, também deverá ser feita com o processo civil. A empreitada não é fácil, uma vez que ainda encontra resistências. Muitas vozes de peso ainda não tomaram consciência da força vinculante da Constituição, ou então, embora aceitem abstratamente a idéia, não refletiram a contento ou resistem à multiplicidade de transformações que ela pode provocar²⁸. Ela depende de se cultivar e

²⁶ Idem.

²⁷ “Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.” (BARROSO, Luiz Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional do Brasil)*. In *Processo Civil, novas tendências, Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008; p. 227).

²⁸ Segundo Ricardo Guastini: “de acordo com certas proposições doutrinárias, uma Constituição não consiste em mais do que um “manifesto” político, cuja concretização é tarefa exclusiva do legislador, de maneira que os tribunais não devem aplicar as normas constitucionais – carentes de qualquer efeito imediato –, mas somente as normas que se extraem das leis. Assim, um dos elementos essenciais do processo de constitucionalização consiste precisamente na difusão, no seio da cultura jurídica, da idéia oposta, qual seja, a de que cada norma constitucional – independente da sua estrutura ou conteúdo normativo – seja uma norma jurídica genuína, vinculante e suscetível de produzir efeitos jurídicos.” (GUASTINI, Ricardo. *A ‘Constitucionalização’ do Ordenamento Jurídico e a Experiência Italiana*. Artigo originalmente publicado em italiano como “La ‘costituzionalizzazione’ dell’ordinamento italiano”. In: *Ragion Pratica*, Milano, Anabasi, n.º 11, 1998, pp. 185/206; e, posteriormente, em versão espanhola como “La constitucionalización del ordenamento jurídico: el caso italiano”. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo (s)*.

florescer, no seio da cultura jurídica da ciência processual, o sentimento da força normativa da Constituição, na linha de obra clássica de Konrad Hesse²⁹.

A proposta compreende não apenas a identificação dos dispositivos constitucionais diretamente atrelados ao processo civil, discorrendo sobre eles, mas sim de atrelar a aplicação de toda a legislação processual e sua aplicação prática aos fins e valores previstos na Constituição³⁰.

Madrid: Editorial Trotta, 2003, pp.49-73. Tradução do italiano por Enzo Bello, in *Processo Civil, novas tendências, Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008; p. 277).

²⁹ “Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).” (HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 19)

³⁰ “Constitui ponto pacífico na doutrina e na jurisprudência a necessidade de estudar o processo civil a partir das normas encartadas na Constituição Federal, havendo, no particular, uma estrutura mínima de um modelo constitucional do processo civil. É evidente a progressiva constitucionalização do processo civil brasileiro, sendo crescente não somente a atenção dada aos laços havidos entre Processo e Constituição, mas igualmente, e sobretudo, a adoção de soluções processuais obtidas a partir da aplicação do próprio texto constitucional. Essa disciplina constitucional do processo – que vem ganhando dimensões importantíssimas – constitui, aliás, uma realidade não apenas do ordenamento brasileiro, mas também de muitos outros, a partir do desenvolvimento do chamado constitucionalismo moderno.” (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Anotações sobre a garantia constitucional do juiz natural*. In *Processo e Constituição, estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, coord. São Paulo: RT, 2006; p. 500). Também neste sentido são as pertinentes considerações de Cássio Scarpinella Bueno: “Estudar o processo civil na e da Constituição, contudo, não pode ser entendido como algo passivo, que se limita à identificação de que determinados assuntos respeitantes ao direito processual civil são previstos e regulamentados naquela Carta. Muito mais do que isso, a importância da aceitação daquela proposta metodológica mostra toda sua plenitude no sentido ativo de aplicar as diretrizes constitucionais na construção do direito processual civil, realizando pelo e no processo, isto é, pelo e no exercício da função jurisdicional, os mistérios constitucionais reservados para o Estado brasileiro, de acordo com seu modelo político e para seus cidadãos. (...) A análise do nosso “modelo constitucional” revela que todos os “temas fundamentais do direito processual civil” só podem ser construídos a partir da Constituição. E diria, até mesmo: devem ser construídos a partir da Constituição. Sem nenhum exagero, é impensável falar-se em uma “teoria geral do processo civil” que não parta da Constituição, que não seja diretamente vinculada e extraída dela, convidando, assim, a uma verdadeira inversão do raciocínio useiro no estudo das letras processuais civis. O primeiro contato com o direito processual civil se dá no plano constitucional e não no do Código de Processo Civil que, nessa perspectiva, deve se amoldar, necessariamente, às diretrizes constitucionais.” BUENO, Cassio Scarpinella. *O “Modelo Constitucional do Direito Processual Civil”: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e suas aplicações*. In *Processo Civil, novas tendências, Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008; p. 158-159. (grifos no original).

É preciso adequar todo o arcabouço normativo positivado nas leis de processo aos fins e valores do texto constitucional, expurgando do sistema, por via jurisprudencial, todas as normas legais ou linhas de interpretação que não se conciliem, por absoluta incompatibilidade, com o programa axiológico previsto na nossa Constituição. Doutrina e jurisprudência passam a ter um papel relevante na sua concretização dentro do processo civil³¹.

5. A natureza jurídica do princípio da eficiência

5.1 A eficiência como um princípio e o princípio como norma jurídica

O constitucionalismo do Direito é um fenômeno histórico irrecusável para todo o mundo ocidental³². Uma de suas conseqüências está no resgate aos valores éticos e morais, superando-se as bases do positivismo legalista, acusado de dar legitimidade jurídica aos regimes políticos do nazismo e do facismo, culminando com o desastre do holocausto perpetrado pela Alemanha durante a 2.^a guerra mundial. Criaram-se, com isso, as condições necessárias para dar uma nova dimensão estrutural aos princípios, atualmente concebidos como a porta de entrada dos valores para o universo jurídico, com autonomia própria e força suficiente para criar vinculações. Não se trata de qualquer valor, nem uma pauta de valores concebida como imanente ao direito natural, ao divino ou à natureza do homem, mas sim de uma pauta de valores estabelecida pelo consenso concreto de uma sociedade

³¹ Ricardo Guastini assevera que “em um ordenamento constitucionalizado, o Direito Constitucional tende a ocupar o espaço inteiro da vida social e política, condicionando a legislação, a jurisprudência, o estilo doutrinário, a ação dos atores políticos, as relações privadas e etc. Em um ordenamento constitucionalizado, por exemplo, acontece o seguinte: (a) a legislação é condicionada pela Constituição no sentido de que é tendencialmente concebida não mais como uma atividade “livre no fim”, mas como uma atividade “discrecionária”, direta a fazer incidir a Constituição. Dito de outra forma: o legislador não pode escolher livremente os fins a perseguir, mas pode somente estipular os meios mais oportunos e/ou mais eficientes para realizar os fins heterônomos pré-constituídos: os estabelecidos na Constituição; (b) a jurisprudência é condicionada pela Constituição no sentido de que os juízes têm o poder e o dever de aplicar não somente as leis, mas também a Constituição; (...); (d) o estilo doutrinário é condicionado pela Constituição no sentido de que a doutrina tende a buscar nela o fundamento axiológico das leis (penais, civis, administrativas, processuais, tributárias, etc.) e a expor o seu conteúdo normativo como uma mera revelação dos princípios constitucionais; assim, por exemplo, todo estudo doutrinário sobre qualquer objeto específico (consideremos o Direito Contratual) é precedido de uma análise dos princípios constitucionais que regem a matéria em questão (no caso, os contratos).” (GUASTINI, Ricardo, ob. cit., p. 272-273.).

³² “O século XX pode ser considerado como o século do constitucionalismo. Nos últimos cem anos, o direito constitucional reuniu forças para se firmar como o núcleo das ordens jurídicas nacionais. Tornou-se capaz de condicionar todos os demais ramos do direito. Invocando-se a perfeita síntese de Bruce Ackerman, hoje a ‘fé iluminista nas constituições escritas varre o mundo’.” (BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003; p. 46)

num determinado momento histórico e devidamente juridicizada no ordenamento jurídico, permitindo a fluência de um substrato ético-moral no Direito sem o abandono da exigência da sua positivação no texto legislativo³³.

Quando falamos em princípio no âmbito do Direito, falamos em norma jurídica. Não se trata de dever ético ou mero postulado de conveniência. Poder até ser eticamente correto agir de modo eficiente, ou conveniente a observância da eficiência no modo de agir, mas isso são dados secundários e irrelevantes sob a perspectiva do nosso estudo. A idéia de normatividade traz conseqüências próprias no universo jurídico e elas é que nos interessam. Trataremos da eficiência no Estado com o conectivo que merece pela sua estatura constitucional: *dever-ser*³⁴. Princípio é a positivação normativa de um valor³⁵

³³ “O constitucionalismo que emergiu do Segundo Pós-Guerra tem nas preocupações axiológicas dos seus teóricos uma das suas características mais marcantes. A necessidade de superação do positivismo normativista, de fato, forçou o retorno do Direito como um todo às questões da ética e da moral na segunda metade do século XX. Mas, foi sobretudo pela via do constitucionalismo que se operou a reabilitação dos valores como elementos fundantes do ordenamento jurídico. As novas constituições elaboradas depois de 1945, para lá da concepção formalista organizatória que havia predominado no século anterior, assumiram a dimensão de verdadeiras ordens de consenso sobre os valores superiores do ordenamento jurídico. A reinserção do discurso dos valores no Direito não importou, todavia, em um retorno puro e simples ao jusnaturalismo clássico, que procurava em critérios abstratos de justiça e moral a razão última das normas jurídicas. Uma ciência do Direito que se pretenda pautar unicamente sobre valores apresenta tantas dificuldades de fundamentação e de legitimação quanto aquela que seja amparada em teses puramente positivistas. Por isso, o novo constitucionalismo, afastando-se tanto do modelo positivista da *jurisprudência dos conceitos*, como do concebido pela *jurisprudência dos valores*, foi buscar seu fundamento de validade nos princípios.” (Patrícia Baptista, ob. cit., pp. 82-84)

³⁴ “Não se pode, em qualquer caso, recusar a *positividade*, a *operatividade* e a *validade jurídica do princípio da eficiência* sob o argumento de que seu conceito foi tradicionalmente desenvolvido pela sociologia e pelas ciências econômicas. Todos sabemos que os princípios jurídicos são normas, prescrições, dirigem-se a incidir sobre a realidade, referindo sempre algum *conteúdo impositivo*.” (MODESTO, Paulo. *Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência*. In Revista Diálogo Jurídico, Ano I, vol. 1, n.º 2, maio de 2001 – Salvador – Bahia – Brasil. Disponível em www.direitopublico.com.br; acesso em 08.12.2009)

³⁵ “Para a *jurisprudência dos princípios*, os princípios se qualificam como ‘critérios de valoração imanentes à ordem jurídica’ ou como ‘núcleos de condensação de valores’. Não são, portanto, mera representação de valores transcendentes situados fora do ordenamento jurídico. Ao contrário, incorporam somente aqueles valores que eleitos através de processos históricos ou racionais e que, a partir daí, passam a ser encontráveis, explícita ou implicitamente, dentro do próprio ordenamento. Os princípios são, assim, o direito pressuposto, ‘um *jus exterior à lex*’. Em suma, a teoria dos princípios permite a inserção de um substrato ético-moral no Direito (elemento jusnaturalista) sem comprometer a unidade sistemática deste.” (Patrícia Baptista, ob. cit., p. 84). Essa é também a lição de Ricardo Marcondes Martins: “Princípios consistem na positivação de um valor.” A dignidade da pessoa humana, por exemplo, é considerada importante, e é, nesse sentido, um valor. Enquanto valor, tem caráter axiológico (âmbito do bom). Quando positivado, o valor é introduzido no ordenamento jurídico por intermédio de um princípio, passa do plano do axiológico para o deontológico (âmbito do dever-ser). O princípio determina que o valor nele positivado seja concretizado da melhor forma possível, e essa “melhor forma possível sempre dependerá do caso concreto, das circunstâncias. Diante destas, outros valores, também positivados – ou seja, outros princípios – , podem incidir. Necessitar-se-á efetuar uma *ponderação* e apurar, diante das circunstâncias, se e em que medida o valor protegido poderá ser

Ricardo Marcondes Martins traça um panorama histórico do conceito de princípios na dogmática jurídica que acolhemos integralmente³⁶:

O conceito de *princípio jurídico* passou por três fases distintas na história da Ciência do Direito. Na *primeira fase* aproximava-se do significado comum da palavra: *princípios* eram os fundamentos de uma dada disciplina jurídica, seus aspectos mais importantes³⁷. Na *segunda fase* adquire significado técnico: *princípios* deixam de ser todo assunto importante e geral, e passam a ser determinados enunciados de direito positivo, dotados de extraordinária importância para o entendimento de todo o sistema, diante da alta carga valorativa a eles atribuída. Têm conteúdo normativo, pois fazem parte do sistema jurídico, são diretrizes ou vetores de interpretação de todas as normas jurídicas extraídas do sistema, mas não são normas jurídicas autônomas, não têm a estrutura lógica (“H” → “C”) própria das normas jurídicas³⁸. Vigora na Teoria Geral do Direito a *terceira fase* do conceito de princípios jurídicos: estes têm a estrutura lógica de normas jurídicas. Tanto as regras como os princípios são normas jurídicas, e, nesse sentido, passíveis de aplicação direta no mundo fenomênico, consistindo ambos em manifestações irredutíveis do deôntico³⁹. A doutrina passou, sem embargo, a visualizar uma diferença estrutural: *princípios* são normas que ordenam a realização de algo na *maior medida*

implementado.” (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008; p. 30).

³⁶ Idem, p. 27/29.

³⁷ Nota do autor: “Daí, por exemplo, o nome de obras célebres, como a de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e a de Ruy Cirne Lima, nas quais os assuntos tratados correspondiam aos temas gerais mais importantes do direito administrativo (Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, vol. I, 3.ª ed., 2007; Ruy Cirne Lima, *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*, 7.ª ed., 2007).

³⁸ Nota do autor: “Eurico Marcos Diniz Santis sintetiza magnificamente a concepção da aqui denominada *segunda fase* do conceito de *princípio jurídico*: ‘Os princípios jurídicos não são normas daquele estrito sentido apresentado: proposições prescritivas que apresentam a forma implicacional hipótese-tese. Princípios são fragmentos normativos, unidades de significação de enunciados prescritivos, que integram o arcabouço de normas jurídicas, alterando, constituindo (positiva e negativamente) e delineando a estrutura dual da regra, seja pelo seu antecedente, seja pelo seu conseqüente normativo’ (*Lançamento Tributário*, 2.ª ed., 2.ª tir., p. 94). O conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello, muito repetido pela doutrina, parece corresponder a essa fase: ‘Princípio é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica da racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico’. (2006, XIX-3, p. 912-913). O fúlgido jurista, no entanto, jamais afirmou não considerar os princípios espécies de normas jurídicas. Pelo contrário, afirmou expressamente: ‘Todas as disposições constantes de uma Constituição, inclusive as programáticas, repita-se, são normas jurídicas ou, pelo menos, deve-se partir da presunção de que o sejam’. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 57/58, p. 231-236, jan.-jun. 1981, p. 237. De sua exposição, todavia, não se pode extrair uma estrutura lógico-normativa autônoma para os princípios.”

³⁹ Nota do autor: “A expressão é de Paulo de Barros Carvalho (*Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência*, 2.ª ed., p. 17).”

possível; são, nesse sentido, *mandados de otimização* realizáveis de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas; *regras* são normas que exigem um *cumprimento pleno*, sendo somente cumpridas ou descumpridas; são, nesse sentido, *determinações* no campo das possibilidades fáticas e jurídicas.⁴⁰”

Deste modo, está superada a concepção que vê nos princípios os aspectos mais importantes de um tema ou de uma matéria (correspondendo à primeira fase da dogmática jurídica), negando-lhes a qualidade normativa, ou ainda como normas que serviriam apenas como vetores para a interpretação das regras, ou como fontes para a criação de regras pelo legislador, podendo no máximo inspirar o juiz na integração do direito em caso de lacunas pela falta de regra aplicável (correspondendo à segunda fase da dogmática jurídica), pela qual os princípios não teriam densidade suficiente para, por si sós, criarem direitos e obrigações.

Interessante a abordagem de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, para quem, em fins do século XIX e até meados do século XX, a primeira geração de direitos fundamentais, que eram direitos de garantia do cidadão contra o Estado, conduziram a uma concepção estática desses direitos, com a mera formalização no texto constitucional dos princípios processuais já existentes, sempre com esse conteúdo de proteção da pessoa contra eventual arbítrio estatal, mas sem interferir ativamente na realidade do processo; ainda assim, submetendo-se o texto constitucional à posterior regulamentação legal⁴¹.

⁴⁰ Nota do autor: “Os conceitos são de Robert Alexy (‘Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica’ In *Derecho y Razón Práctica*, 2ª. reimpr., pp. 7-24, em especial pp. 13-14). Essa nova fase sobre o conceito de princípios iniciou-se com Ronald Dworkin (*Levando os Direitos a Sério*. 1ª ed. pp. 36-46). E consolidou-se com Alexy, principalmente a partir de sua obra-prima *Teoría de los Derechos Fundamentales*. (1ª ed., 3.ª. reimpr. pp. 86-172). Sobre o conceito de princípios desenvolvido a partir do pensamento de ambos os juristas, v. nosso “A Norma *Iusfundamental*”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, 4/636-547. A diferença entre as regras e os princípios não é apenas de grau, em que aquelas são consideradas normas menos gerais do que estes. Há diferença qualitativa tanto no modo de positivação (os princípios exigem que seja atingido um fim, mas não fixam o comportamento a ser adotado para que o fim seja atingido, ao contrário das regras, que fixam o comportamento a ser adotado) como no modo de aplicação (a aplicação dos princípios dá-se pela *ponderação*, a aplicação das regras dá-se pela *subsunção*). Apesar das diferenças, ambos possuem estrutura lógica de uma norma jurídica autônoma. V. também nosso “A estrutura normativa dos princípios”, *RTDP* 40/113-145.”

⁴¹ Nas suas palavras: “No domínio do processo, a visão estática conduziu a uma simples ‘constitucionalização’ formal dos princípios processuais preexistentes, cujos efeitos se exauriram em um enquadramento garantístico, mas sem chegar a interferir diretamente, de forma inovativa, sobre a realidade do processo. Sintomaticamente, nos anos 50 do século XX, quando começou de forma sistemática o estudo das relações entre processo e Constituição, pouco se falava, por exemplo, da garantia da efetividade. Mais ainda, tal concepção circunscreveu o objeto das garantias constitucionais’ ao ‘devido processo legal’ (com sua corte

Isso é passado. Chegamos a uma nova fase, na qual se reconhece que os princípios são normas jurídicas que gozam de autonomia em face das regras, a despeito da correlação que ambas estabelecem, e têm aptidão para a aplicação direta no âmbito de relações jurídicas humanas, sendo que isso vale tanto para o direito material como para o direito processual, porque em ambos se estabelecem relações jurídicas entre humanos. Embora o modo de positivação dos princípios seja diferente do das regras, decisões processuais podem ser diretamente tomadas a partir de princípios jurídicos, sem qualquer mediação de regras.

Esta noção é bastante relevante porque há quem pense que o princípio da eficiência é apenas uma *palavra bonita* posta na Constituição, mas que dela não se pode extrair nada de relevante, porque o processo será desenvolvido de acordo com as regras postas pelo legislador. Acreditam que o processo só será eficiente se o legislador criar regras que colaborem para isso e se houver uma administração eficiente dos recursos disponíveis, isentando os magistrados, no exercício da sua atividade jurisdicional, de qualquer responsabilidade pela promoção da eficiência no processo. Isso não é verdade: o princípio da eficiência têm aplicabilidade direta ao processo civil, criando o dever ao juiz e às partes de tomarem decisões e agirem de modo a otimizar o valor que ele encerra⁴². Daí a necessidade de intensificar os estudos do conteúdo dessa projeção normativa, seus alcances e limites.

de garantias correlatas, contraditório, ampla defesa, juiz natural, etc.), e este, por sua vez, estaria detalhado na legislação infraconstitucional. De tal modo, no fundo, a ‘garantia’ do ‘devido processo legal’ seria estabelecida a partir da legislação infraconstitucional, ponto de vista que obstaculizava, ou pelo menos dificultava, a releitura das normas infraconstitucionais a partir dos direitos fundamentais. Ademais, tal modo de encarar o problema não dava abertura a construção de instrumentos capazes de preencher as lacunas da regra, também com base nas normas de princípios constitucionais.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica, In As grandes transformações do processo civil brasileiro, homenagem ao Prof. Kazuo Watanabe. Carlos Alberto Salles (coord.) São Paulo: Quartier Latin, 2009; p. 35.)

⁴² Ainda segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “Realmente já não mais se discute na doutrina do direito constitucional o papel dos direitos fundamentais e das normas de princípio – mesmo daquelas consideradas meramente programáticas – consideradas diretivas materiais permanentes, vinculando positivamente todos os órgãos concretizadores, inclusive aqueles encarregados da jurisdição, devendo estes tomá-las em consideração em qualquer dos momentos da atividade concretizadora.” (idem; p. 36. Em nota de rodapé, o autor faz remissão a J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 4.ed., Coimbra: Almedina, 1987; p. 132.)

As normas jurídicas dividem-se em regras e princípios. As regras determinam taxativamente um comportamento (fazer, não fazer ou suportar), desde que ocorra uma dada situação de fato. Graficamente, podemos representá-las pela fórmula se “f”, então deve ser “c”, de modo que “f” é o fato ou situação de fato que impõe a adoção do comportamento “c”. O Código de Processo Civil está repleto de regras: se o juiz sentenciar, deverá redigir um relatório, fundamentação e dispositivo; ao formular a petição inicial, o advogado deve dar um valor à causa; se a petição inicial estiver incompleta ou apresentar defeitos, o juiz deve determinar a sua emenda em dez dias; se for interposto recurso de apelação fora das hipóteses do art. 520 do CPC, deverá o mesmo ser recebido no efeito suspensivo, e por aí vai.

Os princípios operam de maneira diversa: dotados de maior grau de abstração e generalidade, consagram valores dignos de tutela e fins a serem alcançados, não havendo uma prévia tipicidade das situações em que poderão incidir. Se, na situação da vida humana, o valor realçado pelo princípio ou o fim colimado merecerem tutela, então a carga normativa do princípio irá atuar, implicando as medidas e conseqüências de ordem fática e jurídicas que se fizerem necessárias à sua promoção⁴³.

Quer dizer, na aplicação de um princípio, não há um fato previamente tipificado na lei que faz surgir uma conseqüência previamente tipificada na lei, como sucede com regras; a aplicação de um princípio depende de se verificar um quadro de fato, ou uma estrutura normativa de regras, contrários ao valor que ele tutela, fazendo surgir um

⁴³ “Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o status de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras. Normalmente, as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios têm maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada no sistema. Inexiste hierarquia entre ambas as categorias, à vista do princípio da unidade da Constituição. Isto não impede que princípios e regras desempenhem funções distintas dentro do ordenamento.” (BARROSO, Luis Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. Ano I – vol. I – n.º. 6 – setembro de 2001 – Salvador – BA – Brasil. Disponível em www.direitopublico.com.br; acesso em 08.12.2009); “Os princípios que se encontravam no centro da nova ordem constitucional, todavia, não podem ser identificados como aqueles princípios gerais do direito invocados no art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil, pois não se prestam apenas como meios de preenchimento de lacunas na lei. Os princípios, tal como ora considerados, constituem, juntamente com as

dever de comportamento que promova a mudança deste quadro de fato ou de direito, realizando a promoção do valor tutelado pelo princípio. São princípios do processo civil: a inércia da atividade jurisdicional, o amplo acesso à jurisdição, o contraditório e a ampla defesa, o direito a julgamento imparcial pelo juiz natural, a livre convicção motivada quanto à apreciação das provas, etc., *bem como a eficiência, exigindo um comportamento apropriado do legislador, do juiz e das partes no trato com a atividade jurisdicional.*

Humberto Ávila explica que as regras se diferenciam dos princípios quanto ao modo como prescrevem o comportamento, porque as regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada, enquanto que os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos. Os princípios, assim, trazem como dever imediato a promoção de um estado ideal de coisas (dever imediato), que se deve atingir pela adoção da conduta necessária (dever mediato), devendo ser justificados pela correlação entre os efeitos da conduta posta como necessária e o estado ideal de coisas que se quer promover⁴⁴.

Ou seja, a correta justificação de um princípio impõe que se faça um liame entre o valor que se quer promover, como finalidade a atingir, e a aptidão do comportamento como meio hábil para atingir essa finalidade.

Robert Alexy expõe que princípios conferem normatividade a valores, conferindo carga deôntica ao seu sentido axiológico, e são mandatos de otimização, devendo ser realizados na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes⁴⁵. No mesmo sentido Sérgio Sérulo da Cunha, para quem “em síntese, e

regras, espécies de gênero norma jurídica, com todos os efeitos próprios destas últimas, inclusive, em alguns casos, a aptidão para gerar direito subjetivo.” (Patrícia Baptista, ob. cit., p. 85)

⁴⁴ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. Há algumas diferenças marcantes entre a teoria formulada por Alexy (op. citada, acima) e por Ávila, mas que aqui não serão minudenciadas porque não interessam ao raciocínio a ser desenvolvido. Fica o registro.

⁴⁵ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002. No original *Theorie Der Grundrechte*, Ernesto Garzón Valdés (trad.).

sob o ponto de vista deontológico, ‘princípio’ é a prescrição consistente numa opção valorativa fundamental.⁴⁶” Nesta linha, falar em princípio da eficiência significa reconhecer que o ordenamento jurídico impõe a promoção do *valor eficiência* na atividade estatal de entrega da jurisdição.

O princípio da eficiência, como todo princípio, é uma norma jurídica dotada de estrutura deontica diferenciada das regras. O princípio da eficiência, ao dar *força normativa* a um valor, faz com que a aplicação do Direito em qualquer ato jurídico voluntário, estatal (do juiz) ou não (das partes), seja obrigatoriamente conectada à promoção desse valor. É esse dever de promoção do valor *eficiência* que precisa ser cultivado, reforçado e insistentemente observado na cultura de aplicação prática do processo civil.

Embora o princípio da eficiência não seja exclusivo do processo, nele intervém de modo determinante, uma vez que se trata do método de trabalho adotado pelo Estado para prestar um serviço público extremamente relevante à sociedade, que é a distribuição de justiça. É preciso investigar melhor quais as possibilidades da sua concretização, seu âmbito possível de aplicações, bem como seus limites e argumentos adversos, tudo para bem delimitar sua margem de operacionalidade.

Urge reconhecer a existência de um dever de promoção dos valores componentes do princípio da eficiência no âmbito do processo (celeridade, efetividade, segurança e economia processual), por todos os que participam da relação processual: o juiz, as partes, terceiros que pretendam interferir no seu resultado ou sejam chamados a colaborar com o feito, além dos auxiliares da Justiça. Quanto às partes, além do dever, elas têm o direito subjetivo de que todos estes atores do processo tenham o seu comportamento alinhado com tais diretrizes normativas.

⁴⁶ CUNHA, Sérgio Sérulo da. *O que é um princípio*. In Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva, Eros Grau e Sérgio Sérulo da Cunha (coord.). São Paulo: Malheiros, 2003.

5.2 Desdobramentos axiológicos do princípio da eficiência e esclarecimentos terminológicos

Foi necessário tratar da constitucionalização do processo civil para justificar, dentro da ciência do Direito, a evolução que tornou possível compreender a natureza jurídica do princípio da eficiência como norma, capaz de influir diretamente no espectro de direitos e obrigações de todos os agentes envolvidos no processo civil.

Antes de aprofundar a discussão no campo normativo, há necessidade de se investigar melhor e detalhar quais os valores diretamente envolvidos com o princípio constitucional da eficiência, uma vez que, como visto, os princípios são as normas que transportam valores para o universo do Direito objetivo e lhe dão a carga própria do deôntico. Aproveitaremos o ensejo para fincar algumas premissas e fazer esclarecimentos terminológicos.

O processo é o instrumento de que se vale o Estado para fazer cumprir a ordem jurídica material e os escopo de pacificação social da jurisdição. Ideal seria que as pessoas respeitassem incondicionalmente os direitos alheios, cumprindo com suas obrigações legais e contratuais no tempo e modo devidos. Se o mundo fosse assim, as desavenças e os conflitos sociais ficariam restritos a campo não juridicizado, como sucede com a violação de meras regras de conduta ética, sem qualquer consequência jurídica, ou então com as lutas políticas de alteração das normas jurídicas, para mudança do *status quo* (p.ex., os sindicatos reivindicando melhores salários em negociação coletiva extrajudicial; os cidadãos pedindo a alteração das leis junto ao Congresso Nacional, mas respeitando as mesmas enquanto válidas e vigentes).

Contudo, nem sempre isso acontece e às vezes; diante da falibilidade da linguagem humana, é comum haver uma dúvida séria e objetiva sobre a existência, validade, eficácia, extensão objetiva e subjetiva dos direitos das pessoas, conferidos por lei ou por outro ato jurídico. Dessa forma, os direitos positivados muitas vezes não são respeitados por uma controvérsia jurídica; esse desrespeito por ocorrer também por uma

controvérsia de fato, quando as partes discordam sobre a existência ou contornos de um fato juridicamente relevante.

Seja por tais controvérsias de direito ou de fato, seja por impossibilidade de uma das partes ou por pura má-fé, a realidade humana é suscetível a violações de direitos e isso traz, potencialmente, a eclosão de conflitos sociais. Assim, com interesse na manutenção da paz social, fazendo prevalecer a razão sobre a barbárie, o Estado tomou a si a responsabilidade de julgar os conflitos sociais à luz do direito positivo, instituindo o processo judicial como seu método de trabalho⁴⁷.

O Estado, nessa sua atividade, deve aproximar-se, o quanto for possível, daquela situação ideal de cumprimento espontâneo das obrigações, dando à parte prejudicada aquilo (e exatamente aquilo) a que tem direito com a maior rapidez possível e com a mesma utilidade que teria caso seu direito material não houvesse sido lesado. Por isso que deve haver um esforço hermenêutico de propiciar que o direito processual seja realmente um instrumento efetivo para satisfazer o direito material.

O princípio da eficiência está ligado a essa idéia de rapidez, presteza, utilidade, economicidade e acerto de situações, devendo tudo isto nortear a condução dos processos. Assim, o princípio constitucional da eficiência no processo civil é um gênero que se subdivide em quatro aspectos, ou quatro *subprincípios*, cada qual

⁴⁷ “Para solucionar as controvérsias decorrentes da não-observância das normas de direito material, desenvolveu-se um método de trabalho, segundo técnicas que a experiência revelou adequadas. Esse mecanismo é dirigido por um agente estatal – o juiz – investido do poder de impor coercitivamente a observância daquelas normas não cumpridas espontaneamente. Dele também participam, em absoluta igualdade de condições, os integrantes da relação substancial litigiosa e cuja esfera jurídica será atingida pela solução apresentada pelo julgador. São as partes. Procura-se assegurar o desenvolvimento ordenado deste instrumento de que se vale a jurisdição para exercer a sua atividade e cumprir seu dever, dotando-o de meios aptos à defesa dos interesses das partes, às quais deve ser assegurada a possibilidade de influir no resultado. Confere-se ao juiz o poder de conduzir os trabalhos, segundo regras previamente estabelecidas. A este fenômeno denomina-se ‘processo jurisdicional’, instrumento concebido pelo Estado, que dele se vale para, juntamente com as partes, obter o resultado prático desejado pelo legislador material. Processo nada mais é, pois, que um método de trabalho desenvolvido pelo Estado para permitir a solução de litígios.” (BEDAQUE,

revelando uma das facetas do valor eficiência no processo civil; são eles: o princípio da celeridade, o princípio da efetividade, o princípio da economicidade (ou economia processual) e o princípio da segurança jurídica⁴⁸.

5.2.1 Eficiência como efetividade⁴⁹

Processo é um instrumento que serve para resolver problemas concretos das pessoas⁵⁰. Demorado ou não, o processo só faz sentido se tiver aptidão para atingir seu objetivo, que é propiciar *de fato* a disposição e gozo do bem da vida a quem dele tiver direito.

A efetividade do processo significa a *real utilidade* do instrumento para atingir seu propósito específico, que é a distribuição do bem da vida ao autor (caso tenha razão), ou o reconhecimento da inexistência do direito que alega ter, numa dimensão temporal que faça sentido concretamente, isto é, levando em conta o problema real que envolve as partes.

Não se pode perder de mira que processo é papel (esperamos que não mais por muito tempo), no qual proliferam comunicações, informações e idéias lançados a tinta, mas sua existência como produto da cultura humana e método de trabalho estatal só será justificada se puder transformar a realidade (quando for o caso), atingindo plenamente seus escopos⁵¹. Se as decisões judiciais não forem aptas à transformação da realidade dos fatos,

José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006; p. 35/36.)

⁴⁸ Doravante, daremos apenas uma noção geral sobre o significado de cada um deles numa perspectiva teórica. Os capítulos seguintes deste trabalho procurarão demonstrar como trazer implicações práticas para cada um destes aspectos do princípio da eficiência.

⁴⁹ O primeiro aspecto a ser analisado será o da efetividade, porque propiciara a resolução de algumas controvérsias terminológicas.

⁵⁰ Essa afirmativa é verdadeira mesmo para as ações de controle abstrato de constitucionalidade, porque o resultado da decisão vai repercutir, ainda que indiretamente, no patrimônio das pessoas beneficiadas ou prejudicadas.

⁵¹ O processo é um amontoado de alegações, informações e documentos, feitos de modo preordenado, com o fim de se produzir uma decisão. Esta, por sua vez, só terá sentido se provocar alguma alteração sensível na realidade prática, em caso de procedência, nem que seja para asseverar a existência de um direito em caráter

o Estado perderá a sua legitimidade na tarefa de resolver conflitos na sociedade, com todas as conseqüências indesejáveis que podem ser acarretadas quanto a estimular violações de direitos ou a justiça privada. Frise-se: sem essa dimensão de utilidade, o processo não vale nada. Atenderá ao princípio da eficiência o processo que seja efetivo na tutela do direito material.

A compreensão da efetividade que o processo deve ostentar está bem arraigada na consciência jurídica nacional com relação às medidas cautelares, que têm exatamente este objetivo; por isso mesmo, o ponto não traz nenhuma novidade. O que se espera é alastrar a mesma idéia, o mesmo valor, a mesma norma (como aspecto de um princípio), para outras aplicações no âmbito do processo civil.

Além de orientar o processamento das cautelares, cujo objetivo precípua é o da efetividade, o princípio da eficiência deve inspirar a criação de meios e modos de dar efetividade a todas as decisões, finais ou não, produzidas ao longo de toda atividade jurisdicional, otimizando a sua implementação em menor tempo, com menor custo e com o mínimo de desgaste possível. Toda a engenharia de estratégia destinada a criar meios e modos para atingir esses objetivos de efetividade para qualquer decisão judicial faz parte do objeto de estudo do princípio da eficiência.

Nesse momento há necessidade de esclarecer eventuais divergências de natureza terminológica. Muitos atribuem conceitos distintos às palavras eficiência, efetividade e eficácia. Dessa forma, para que não haja imprecisão ou confusão conceitual, esclarecemos que, para os fins deste trabalho, tratamos o princípio da eficiência como um gênero, que se desdobra em quatro espécies ou subprincípios, sendo um deles o da efetividade⁵². Assim, a efetividade é apenas um aspecto do princípio da eficiência; nele está abrangida, mas o princípio da eficiência tem um campo de incidência maior.

definitivo (sentença com efeito predominantemente declaratório), ou asseverar sua inexistência, em caso de improcedência.

⁵² Noção opção em falar no princípio da eficiência decorre da terminologia da própria Constituição da República em seu art. 37, caput. Sem prejuízo, concordamos inteiramente com a advertência de Paulo Modesto, no sentido de que “O termo eficiência não é privativo de nenhuma ciência; é um termo da língua natural, apropriado pelo legislador em sua acepção comum ou com sentido técnico próprio. São os juristas,

Eficácia, por sua vez, corresponde a outra coisa. Podemos falar que uma norma é juridicamente eficaz quando tem aptidão para surtir os efeitos que lhe são próprios⁵³. Embora existente e válida, uma norma pode ter sua eficácia jurídica suspensa, como ocorre na competência constitucional concorrente entre União e Estados pela superveniência de legislação federal que disponha sobre normas gerais⁵⁴, ou postergada, como ocorre com leis válidas, mas que só entrarão em vigor após um certo lapso temporal⁵⁵. Também se fala em eficácia ultra-ativa de uma lei quando ela perde a sua vigência, mas continua sendo aplicada em alguns casos; é o que ocorre com a lei de falência e recuperação de empresas, que determina a aplicação da legislação anterior a processos ajuizados anteriormente ao início de sua vigência⁵⁶. O princípio da eficiência não tem relação quanto a esse aspecto jurídico da eficácia normativa.

Eficácia, todavia, também tem um sentido social, donde podemos falar em norma mais ou menos eficaz da perspectiva da realidade fenomênica. Essa eficácia social não se confunde com a eficácia normativa e diz respeito ao maior ou menor cumprimento da norma pelos seus destinatários.

como agentes ativos no processo de *construção do sentido dos signos jurídicos*, os responsáveis diretos pela exploração do conteúdo jurídico desse princípio no contexto do ordenamento normativo nacional.” (MODESTO, Paulo. *Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência*. In Revista de Diálogo Jurídico, Ano I, vol. I, n.º 2, maio de 2001, Salvador – Bahia Brasil, disponível em www.direitopublico.com.br.

⁵³ Também se fala em graus de eficácia, ou efeitos da norma, para distinguir as normas constitucionais. A classificação mais célebre é a de José Afonso da Silva, para quem as normas constitucionais têm eficácia plena, contida ou limitada.

⁵⁴ A competência concorrente é prevista no art. 24 da Constituição. Nele há uma série de matérias que podem ser objeto de disciplina legislativa em caráter concorrente pela União e pelos Estados/DF, sendo que à União cabe apenas estabelecer normas gerais. Se não houver normas gerais da União, os Estados têm autorização para exercerem competência legislativa plena, para atender as suas peculiaridades. Contudo, se houver lei estadual que disponha sobre regras gerais, ela terá a sua eficácia suspensa pela superveniência de lei federal sobre o mesmo tema. Vale dizer, a lei federal não revoga a lei estadual, que continua existente e válida, mas suspende a sua eficácia. Tanto é que, revogada a lei federal superveniente, a solução seria retomar a eficácia da lei estadual.

⁵⁵ Nos termos do art. 1.º do Decreto-Lei 4.567/1942 (conhecida com Lei de introdução ao Código Civil), “Salvo disposição em contrário, a lei começa a vigorar em todo o país 45 (quarenta e cinco) dias depois de oficialmente publicada.”

⁵⁶ Nos termos do art. 192 da Lei 11.101/2005, “Esta Lei não se aplica aos processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início de sua vigência, que serão concluídos nos termos do Decreto-Lei no 7.661, de 21 de junho de 1945.”

Podemos pesquisar sobre a eficácia social da lei seca, indagando até que ponto está sendo respeitado pela população o dever de não dirigir sob a influência de substância alcoólica; ou então averiguar, mediante pesquisa empírica, se os juízes estão efetivamente proferindo decisões de saneamento do processo, conforme determina o art. 331, § 2.º, do CPC, ou se proferem um despacho do tipo “especifiquem provas”, sem qualquer análise prévia da sua necessidade. A eficácia social também não se confunde com o princípio da eficiência, embora este seja uma norma para aumentar aquela.

Se a eficácia social de uma norma diz respeito a sua maior ou menor aplicação no mundo dos fatos, por quem tem o dever de cumpri-la, o subprincípio da efetividade é um mandado de otimização para que o processo outorgue a maior eficácia possível a um direito, ou seja, que possa o mesmo ser respeitado tanto mais quanto possível. Falamos em eficácia social à guisa de constatação; falamos em efetividade como diretriz normativa que exige implemetação. A efetividade do processo serve para imprimir eficácia social às normas de direito material. É essa a relação que se estabelece entre esses conceitos, mas cada qual tem a sua autonomia bem delimitada.

Em síntese, a efetividade, como produto da eficiência, não se confunde com eficácia jurídica ou social de uma norma. Ela é um valor que, plasmado no princípio da eficiência, implica um dever de resultado; ou seja, o processo deve ser um instrumento apto a resolver problemas da vida humana e pacificar com justiça. O processo não pode ser um obstáculo a esse fim, devendo ser justamente o meio ou instrumento hábil à sua realização. O direito material não pode ser ceifado pela inexistência ou insuficiência da técnica processual. Se o processo não tiver meios adequados para a prestação da tutela adequada, o juiz está autorizado a criar nesse sentido; se a lei processual trazer obstáculos intransponíveis à adequada tutela processual, padecerá do vício de inconstitucionalidade.

Esse raciocínio traz inúmeras consequências. A primeira delas é que o disposto no art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual “para a defesa dos direitos e interesses protegidos neste Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”, aplica-se a todo o sistema processual

civil por injunção do princípio da eficiência. Cabe reconhecer, portanto, que há um princípio geral de atipicidade da tutela jurisdicional no processo civil, sem prejuízo da adequação da tutela prestada à sua mais rápida e estável concretização⁵⁷.

As demandas devem ser analisadas a partir de uma relação de adequação entre o pedido e seu fundamento, sendo inaceitáveis as recusas de tutela jurisdicional porque a ação proposta (ou o *nomen juris* que lhe tenha sido dado) não seja adequada, ou então porque haveria falta de previsão legal para o pedido de tutela (que não se confunde com proibição legal ou constitucional para o pedido). O juiz deve se empenhar em enfrentar o mérito de um litígio permitindo à parte que emende a petição inicial, ou promovendo a adaptação de atos ou procedimentos, de modo que seja dada uma resposta de fundo sobre o problema da vida. E mais, ele pode engendrar soluções à míngua de expressa e específica autorização legal, desde que em conformidade com o devido processo legal e voltadas à efetividade da entrega da jurisdição.

A segunda é que qualquer obstáculo indevido à concretização da tutela jurisdicional deve ser removido. Entenda-se por indevido o obstáculo processual cujo

⁵⁷ Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “A efetividade qualificada, numa perspectiva dinâmica, implica, em primeiro lugar, o direito da parte à possibilidade séria e real de obter do juiz uma decisão de mérito, adaptada à natureza das situações subjetivas tuteláveis, de modo a que seja plenamente satisfeita a “necessidade de tutela” manifestada na demanda. Para tanto, é altamente desejável que sejam elásticas e diferenciadas as formas de tutela, levando em conta as peculiaridades das crises sofridas pelo direito material e as exigências do caso concreto. Essencial, ainda, que outorguem o máximo de efetividade, desde que preservados outros direitos fundamentais, a exemplo do direito ao processo justo, que é a concretização deontológica do valor da segurança no Estado constitucional. Significa isso não só afastar, na medida do possível, a tipicidade das formas de tutela, como também elastecer o seu leque para abarcar todas as formas de direito material e as crises por ele sofridas (direito individual ou coletivo, condenação, constituição, declaração, mandamento e execução), bem como assegurar formas repressivas ou preventivas, com ou sem receio de lesão, de modo a preencher totalmente a exigência de adequação. Também é indispensável que a tutela possa se refletir efetivamente no mundo social. Não basta apenas declarar a existência do direito, mas realizá-lo faticamente quando necessário.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica, In As grandes transformações do processo civil brasileiro, homenagem ao Prof. Kazuo Watanabe. Carlos Alberto Salles (coord.) São Paulo: Quartier Latin, 2009; pp. 40-41). Concordamos no essencial com esta afirmação quanto à inexistência de tipicidade da tutela jurisdicional, quanto à necessidade de adequação do procedimento e da tutela jurisdicional às peculiaridades do direito material, quanto à existência de uma tutela preventiva de combate ao ato ilícito, bem como à necessidade de criação de mecanismos para que a tutela repercuta no “mundo social.”. Todavia, não compreendemos que o direito a um processo justo seja “a concretização deontológica do valor da segurança”, porque a coisa julgada serve para garantir segurança à decisão judicial independente da justiça dos seus fundamentos; também esclarecemos que, na linha defendida por José dos Santos Bedaque, não concordamos com a classificação quinária da tutela jurisdicional, acatando sua crítica em obra já citada, pp. 515-567.

respeito não traz nenhuma proteção a direitos fundamentais, nem protege valor superior ao da efetividade no caso concreto. Conforme veremos mais à frente, o princípio da eficiência pode justificar a superação de requisitos legais para a concessão de medidas cautelares típicas, como se tem feito com o arresto.

A terceira é que, além de remover obstáculos indevidos, a efetividade opera no sentido de estimular as partes a manterem uma postura de respeito e colaboração ativa no cumprimento de determinações judiciais, trazendo à luz a faceta de *dever fundamental* que desponta do princípio da eficiência. O princípio da eficiência implica não só direitos às partes e deveres às autoridades, mas também o dever das partes de agirem conforme os valores que ele encerra, sob as penas da lei.

Assim, por exemplo, se um juiz absolutamente incompetente profere uma decisão em tutela de urgência, vindo o tribunal a reconhecer a sua incompetência absoluta, deve-se manter os atos decisórios proferidos até que o juiz competente possa reapreciar o caso e, eventualmente, ratificá-los, com efeitos retroativos à data em que proferidos. Então, a parte que deixar de cumprir uma medida liminar sob pena de multa não se verá dispensada da mesma apenas se apostar na reconhecimento do vício da incompetência, porque, caso isso ocorra, haverá a possibilidade de que a decisão venha a ser ratificada no órgão judicial competente. Esse entendimento prestigia o cumprimento das decisões judiciais, facilitando a sua implementação no mundo fático, estimulando o dever de cooperação e lealdade das partes, que não poderão apostar nesta falha processual como salvaguarda para a recusa ao cumprimento da obrigação. O princípio da eficiência tem como missão fazer do processo um instrumento para estimular condutas socialmente benéficas fora do processo. Eis um exemplo de atuação processual que pode promover o princípio da eficiência através do estímulo ao comportamento das partes, de cumprirem as decisões judiciais que lhes forem desfavoráveis sem apostarem em percalços indevidos, fulcrados na debilidade do processo como instrumento da jurisdição

Embora a técnica processual tradicional impeça a convalidação de nulidade absoluta, o que se almeja e pode-se obter, com o princípio da eficiência, é que o processo

seja um meio de resolução de conflitos reais na sociedade e não um instrumento da chicana para o retardamento indevido de obrigações legítimas. A questão da competência será objeto de exame específico no capítulo seguinte; por ora, deixemos assentada a noção de que a atividade processual deve ser estimular a boa-fé dos agentes dentro e fora do processo, bem como punir a má-fé⁵⁸.

Nessa medida, o processo passa a ter uma importância que transcende a sua natureza de instrumento estatal de aplicação do Direito nos limites da lide posta, uma vez que tal aplicação não se deve esgotar na análise do caso concreto, mas sim servir de estímulo para a prevenção social geral, para que em outras situações futuras as pessoas venham a adequar seu comportamento ao ordenamento jurídico.

A quarta consequência é que o juiz passa a ter o dever de assumir uma postura mais ativa no processo, mais comprometida com a realização concreta das suas próprias determinações. Qualquer fórmula que favoreça isso deve ser seriamente levada em consideração, inclusive para sopesar seu eventual conflito com outras normas do processo, como o princípio da inércia ou a realização prévia do contraditório.

5.2.2 Eficiência como celeridade

Chiovenda asseverou que o processo deve proporcionar à parte lesada em seus direitos tudo aquilo e exatamente aquilo de que foi desprovida por ato ilegal da outra parte. Ocorre que, para que isso fosse possível, o processo deveria proporcionar não só a

⁵⁸ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, em clara manifestação prática da efetividade, sustenta que: “não pode ser afastada *a priori* a aplicação da técnica das *astreintes* na execução de obrigação de pagar, ainda no silêncio da lei processual, se necessário o seu emprego no caso concreto para assegurar no núcleo essencial do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Essa conclusão é reforçada, ainda, pela máxima da proibição da insuficiência, que autoriza o juiz a preencher as lacunas de proteção.” (idem, p. 42). Em nota de rodapé, o autor afirma: “Adotei esse entendimento em voto vencedor no julgamento da Ação Rescisória 599263183, TJRS, 6.^a Câmara Cível, j. em 26.04.2000, rel. Des. Osvaldo Stefanello. No mesmo sentido, pronuncia-se Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., pp. 216-217, mencionando o acórdão e ressaltando com propriedade que ‘a omissão do legislador em dar efetividade ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, como é óbvio, não pode ser interpretada em seu desfavor’.” Em casos excepcionais, nos quais a falta do pagamento possa frustrar um direito fundamental de reconhecida projeção constitucional, concretamente ameaçado ou violado, o princípio da efetividade autoriza a imposição de *astreintes* para o seu implemento, ou então a penhora e venda de bens em caráter sumário.

restauração do bem da vida subtraído injustamente da parte lesada, mas também uma restauração imediata.

Ideal seria, se fosse humanamente possível ou existisse uma justiça divina aplicável à realidade terrestre, que logo após a lesão de um direito, num segundo imediatamente posterior, ocorresse a devida restauração: um julgamento imediato seguido da imediata satisfação do direito violado. Todavia o juiz, como ser humano, não é onisciente e nem onipresente: ele só toma conhecimento dos fatos através das partes e das provas produzidas⁵⁹. Dada a falibilidade humana, naturalmente leva tempo para que o juiz possa tomar contato com as versões do fato litigioso apresentadas pelas partes, determine a produção das provas requeridas para a confrontação dessas alegações, bem como medite o suficiente para o julgamento. Essa atividade judiciária naturalmente toma tempo.

Embora a justiça imediata não seja humanamente possível sem o sacrifício de outras garantias fundamentais dos litigantes, é certo que, quanto mais rápido o processo for capaz de atingir a sua função, definindo quem tem direito (processo de conhecimento) e providenciando a sua satisfação (processo de execução), tanto mais próximo estaremos do ideal de pleno cumprimento da ordem jurídica.

O subprincípio da celeridade, como aspecto da eficiência, considera tolerável apenas a demora necessária e inevitável, não se compadecendo com delongas indevidas. Tolerável é o tempo necessário para que a atividade judiciária seja desenvolvida com a meditação e prudência que dela se espera, com respeito aos direitos fundamentais dos litigantes, sem maiores delongas desnecessárias. Assim, desde que respeitadas as garantias do contraditório, ampla defesa, motivação das decisões, imparcialidade do juízo e todas outras previstas no ordenamento jurídico, o processo deve desenvolver-se e findar-se o mais rápido possível, sempre com a perspectiva de garantir o resultado útil para a satisfação do interesse humano digno de tutela.

59 Se o magistrado tiver presenciado os fatos do processo como testemunha, ele deve declarar-se impedido, sob pena de perda da sua imparcialidade, ex vi do disposto no artigo 409, I, do CPC

Um bom parâmetro para o que se considera razoável está nos prazos fixados em lei para a prática de atos processuais⁶⁰: 02 (dois) dias para o juiz proferir despachos de mero expediente e 10 (dez) dias para decisões (CPC, art. 189); 24 (vinte e quatro) horas para o serventuário remeter os autos conclusos ao juiz e 48 (quarenta e oito) horas para executar os atos processuais (CPC, art. 190)⁶¹; se o ato processual estiver a cargo de qualquer das partes e não tiver prazo específico fixado em lei, nem prazo fixado pelo juiz, o prazo é de 05 (cinco) dias. (CPC, art. 185)

Não há prazo para fixação da audiência de instrução e julgamento, que só ocorrerá se não houver conciliação ou julgamento antecipado da lide. Todavia, um máximo de 60 (sessenta) dias após a decisão de saneamento parece bastante razoável⁶².

⁶⁰ “Parece ser flagrantemente razoável exigir, tanto do Poder Judiciário como dos demais Poderes ao julgar pedidos em procedimentos administrativos, que os mesmos cumpram os prazos estabelecidos no próprio ordenamento jurídico. Mesmo sendo tido pela doutrina como prazos impróprios, ou seja, que não admitem preclusão, é o mínimo que se exige para que a tutela seja considerada tempestiva. Pensando dessa forma, para saber qual o prazo razoável para a duração de um processo que tramitasse pelo rito ordinário, por exemplo, teríamos que somar os prazos de cada fase do procedimento, desde o seu ajuizamento até a prolação de sentença de primeiro grau de jurisdição.” (SPALDING, Alessandra Mendes. Direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5.º da CF inserido pela EC N. 45/2004; In Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional N. 45/2004. Tereza Arruda Alvim Wambier et alli, coord. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005; p. 37). Após apresentar uma tabela com a seqüência de atos processuais e respectivos prazos legais, a mesma autora conclui que “o prazo razoável para o julgamento de um processo que tramite pelo procedimento ordinário seria, em princípio, de 131 dias.” (idem, p. 38)

⁶¹ Interessante uma notícia sobre recente provimento da Corregedoria do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, determinando que a juntada de petições ocorra no prazo máximo de 10 (dez) dias, salientando que em algumas varas isso demora meses, verbis: “Na tentativa de acelerar o trâmite dos processos, a Corregedoria do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro publicou um provimento que prevê o prazo de 10 dias para que as varas juntem as petições feitas pelas partes. A regra passa a valer a partir de julho. As varas têm o mês de junho para colocar em dia as petições já recebidas. Hoje, o prazo para que uma petição seja juntada varia conforme a vara. Nas Varas de Fazenda Pública, em que o volume de processo é muito grande e o de servidores, reduzido, juntar um documento pode levar meses. Tamanho é o atraso que, no final de maio, o TJ fluminense determinou que a 11ª Vara de Fazenda Pública do Rio suspenda o expediente externo duas sextas-feiras por mês até setembro, para colocar o trabalho em dia.” Notícia veiculada no dia 11 de junho de 2009 na revista eletrônica Consultor Jurídico; site www.conjur.com.br, acesso em 23 de junho de 2009.

⁶² “Dessa sorte, se há um procedimento legal estabelecendo prazos no ordenamento jurídico vigente, o Estado tem o dever de zelar pelo seu cumprimento. É importante frisar que, ainda que a lei não estabeleça especificamente um prazo certo do procedimento a ser seguido, o Estado, ao coibir a autotutela e ao tomar para si a responsabilidade exclusiva de dirimir eventuais conflitos, sem dúvida alguma está obrigado a conferir a esses particulares em conflito uma tutela jurisdicional em um prazo razoável. Neste contexto, em caso de omissão do legislador em estabelecer prazos, caberá ao juiz, atendendo a regra do princípio da proporcionalidade, assegurar o respeito ao princípio constitucional ora em análise.” (Alessandra Mendes Spalding, ob. cit., p. 34)

Também não há prazo legalmente estabelecido para a realização de prova pericial, se houver necessidade. Limita-se a lei a impor ao perito a apresentação do laudo “pelo menos 20 (vinte) dias antes da audiência de instrução e julgamento” (CPC, art. 433).

Normalmente as perícias são simples, limitando-se à mera inspeção de uma coisa (uma casa, um aparelho eletrônico, um móvel, um animal) ou de uma pessoa (exame médico, dentário ou psicológico). Nesses casos, em que bastar um rápido exame sobre o objeto da perícia, 30 (trinta) dias parecem bastante razoáveis para a realização do ato. Decerto que a perícia pode envolver matéria complexa, cuja apuração técnica demande tempo, inclusive para coleta e análise de dados laboratoriais. Nesses casos, que são mais raros no cotidiano forense, a dilatação do prazo poderá ser razoável pela complexidade do caso concreto.

Se os prazos legalmente fixados fossem respeitados, no procedimento ordinário de um autor contra um réu teríamos a petição inicial distribuída e submetida à conclusão em um dia; sua análise para verificação prévia da presença dos pressupostos processuais e condições da ação em dez dias; a citação de quinze a trinta dias, ficamos com este último; a juntada do mandado ou do aviso de recebimento em dois dias; a contestação em quinze dias; manifestação sobre a contestação, vulgarmente tratada de réplica, em dez dias⁶³. Havendo julgamento antecipado da lide, em dez dias, seria possível desfechar um processo sem maiores sobressaltos, com sentença, em menos de três meses⁶⁴.

Se houvesse necessidade de audiência de instrução e julgamento, fixada para dois meses à frente, o juiz poderia sentenciar o feito oralmente, logo após a sua

⁶³ Poderia ser agendada audiência de conciliação para o último dia desse prazo; sendo a mesma infrutífera, prosseguiria o processo na forma indicada. Na intimação para essa audiência, o juiz já poderia exigir das partes que especificassem as provas que pretendem produzir, caso não se faça acordo, saneando o processo ou julgando antecipadamente a lide nessa oportunidade, ou chamando os autos à conclusão para fazer isso em dez dias.

⁶⁴ Se a resposta viesse acompanhada de exceção de suspeição, impedimento ou incompetência, seguindo os prazos legais, o processo ainda demoraria no máximo mais um mês.

realização; mesmo que chamasse os autos à conclusão para sentenciar em dez dias⁶⁵, o processo ainda terminaria em menos de seis meses (180 dias)⁶⁶.

Se tivesse uma perícia simples a fazer, daquelas que não tomam mais do que um dia de trabalho do perito e que, por isso, podem ser concluídas no máximo em trinta dias, o juiz poderia designar a perícia na decisão de saneamento e desde logo designar também a audiência de instrução; a perícia estaria concluída no primeiro mês após o saneamento e um mês antes da audiência de instrução e julgamento; assim não tomaria tempo extra.

Antigamente se culpava o agravo de instrumento pela demora do processo civil na Justiça Comum. Era o grande vilão, alvo de sucessivas reformas legislativas. Todavia, de há muito que tais recursos, como regra, não suspendem o andamento do processo, salvo se o próprio relator vislumbrar uma situação grave e excepcional, somada à plausibilidade da tese recursal, que justifique uma medida drástica nesse sentido. Vale dizer, a existência de recurso contra decisões interlocutórias não pode servir de fundamento para a demora da ação, ao menos em primeira instância⁶⁷.

Havendo mais de um réu, o prazo de citação pode ser o mesmo, sendo postal, porque não se gasta muito mais tempo para expedir dez citações postais ao invés de apenas uma; por sua vez, quanto ao restante do procedimento, haveria apenas o dobro do prazo para se defender, falar nos autos e recorrer (CPC, art. 191); quanto aos demais atos de comunicação processual, o tempo que se gasta com a intimação de um réu pela imprensa

⁶⁵ Isso não é aconselhável porque o juiz teria de recordar pontos da instrução para sentenciar, atrasando também a intimação posterior da sentença; se ele tem a matéria fresca na sua cabeça, após a instrução, seria de todo conveniente que sentenciasse logo o feito.

⁶⁶ “José Rogério Cruz e Tucci analisou algumas legislações estrangeiras que se preocuparam com a prestação da tutela jurisdicional tempestiva, dentre as quais destacou o estudo realizado pela *American Bar Association* nos Estados Unidos. De acordo com o sobredito autor, a *American Bar Association* publicou uma tabela constando o tempo razoável de duração dos processos na Justiça norte-americana. Segundo tal tabela, 90% dos casos cíveis deveriam ser iniciados, processados e concluídos dentro de 12 meses, e os outros 10% restantes, devido a situações excepcionais, poderiam levar até 24 meses; os casos cíveis sumários processados perante os juizados de pequenas causas deveriam levar no máximo 30 dias; e 90% das relações domésticas também no prazo de 30 dias.” (Alessandra Mendes Spalding, ob. cit., p. 37). A referência é à seguinte obra: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Garantia do processo sem dilações indevidas. Garantias Constitucionais do Processo*. São Paulo: RT, 1999; p. 237)

⁶⁷ O próprio agravo na modalidade de instrumento virou exceção, devendo atualmente ser interposto apenas o agravo retido, como regra.

oficial é o mesmo gasto para intimar mais de um réu, bastando que se acrescente o nome das outras partes e seus advogados⁶⁸.

Há medidas administrativas que podem ser adotadas para imprimir celeridade. No âmbito da Justiça do Trabalho da 2ª Região, as partes são obrigadas a apresentar as petições no protocolo já furadas para juntada aos autos dos processos, economizando tempo da serventia. Poderiam ser contratados estudantes de estágio em caráter voluntário para desempenho dessas atividades de menor complexidade, fazendo com que todas as petições protocoladas num dia fossem juntadas no mesmo dia, para serem todas despachadas no dia imediatamente posterior.

Outra medida simples é a instalação de uma central de mandados para oficiais de justiça, para que possam cumpri-los de modo concentrado em uma pequena parte da comarca. Isto não tem muita importância em pequenas cidades do interior, que não trazem dificuldades de circulação, mas é fundamental numa metrópole como São Paulo, em que o trânsito de veículos pode literalmente inviabilizar o cumprimento de mandados que envolvam diversos deslocamentos em pontos diferentes da capital⁶⁹.

Muito relevante é o efetivo e rigoroso controle do processo pelo juiz em duas ocasiões: no exame da petição inicial, a fim de evitar o desenvolvimento do processo quando houver inépcia evidente; na fase de saneamento do processo, quando o juiz deve verificar se há mesmo necessidade de produzir qualquer prova além dos documentos já carreados pelas partes. Isto é fundamental para a promoção do princípio da eficiência.

⁶⁸ Saliente-se que, o juiz poderá limitar o número de litigantes, sendo o litisconsórcio facultativo, tanto para o pólo ativo ou passivo do processo, “quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa.” (CPC, art. 46, parágrafo único). Embora a lei faculte ao réu o pedido de limitação, nada obsta seja o mesmo deferido de ofício pelo juiz, dentro do seu poder de condução do processo de modo a velar pela rápida solução do litígio ou de assegurar às partes igualdade de tratamento (CPC, art. 125, I e II).

⁶⁹ Essas considerações de ordem administrativas são mencionadas rapidamente, porque fogem do âmbito do nosso trabalho. Ressalte-se apenas, a título de curiosidade, que embora a Justiça Federal do TRF 3.ª Região já tenha implantada uma central de mandados há mais de 10 (dez) anos, a Justiça Estadual de São Paulo só este ano (2009) fez o mesmo. É lamentável que experiências bem sucedidas num órgão judiciário não sejam rapidamente assimiladas e implementadas em todos os demais, quando possível.

Não é incomum ver um processo que tramitou por anos a fio, com produção de prova, para ao fim vermos o juiz decidir que não estão presentes uma das condições da ação. Ora, as condições da ação são aferidas *in status assertionis*, ou seja, com base nas alegações de fato narradas pelo autor na petição inicial, de sorte que o juiz poderia ter decidido isso logo pelo seu exame, ou ao menos na fase de saneamento do processo, impedindo o desenvolvimento daquilo que já nasceu morto. Se a instrução processual possibilita ao juiz proferir sentença com resolução de mérito, isso deve ser feito, já que o Estado estará dando uma resposta sobre o problema de fundo retratado nos autos⁷⁰.

Tão ou mais graves, por outro lado, são os casos em que não estava presente uma das condições da ação quando da sua propositura, mas, apesar de ela ter sido satisfeita depois da petição inicial e durante o processo, o juiz extingue o processo sem apreciação de mérito após longa instrução processual em que o mérito poderia ser analisado.⁷¹

O princípio da eficiência, pelo aspecto da celeridade, impõe que a rejeição de um processo no seu exame de mérito só ocorra se restar absolutamente claro, pelo exame da petição inicial, a total inviabilidade do postulado pelo autor. Sempre que houver uma perspectiva de se resolver o problema de mérito envolvido no litígio de forma célere e efetiva, a demanda deve ser aceita e regulamente processada.

⁷⁰ É muito comum serem ajuizadas ações contra o INSS movidas por segurados que pedem a condenação da autarquia previdenciária à implantação de algum benefício, sendo que alguns juízes exigem que tenha havido prévio pedido administrativo, devidamente negado. Até aqui estão corretos: o interesse de agir ocorre se houver uma pretensão *resistida*; não tendo havido pedido administrativo denegado, não se pode falar em *necessidade* na busca do Poder Judiciário. Assim, é lícita a extinção do processo *de plano* quando não comprovada a interposição e denegação de prévio pedido administrativo para implantação do benefício previdenciário. Todavia, há casos em que o juiz só se dá conta disso após anos de tramitação do processo, com toda a prova já produzida pelas partes, com a firme contestação do INSS quanto à procedência do pedido, mostrando que há, ao menos em juízo, uma pretensão resistida. Nesses casos, a extinção do processo sem resolução do mérito implica um enorme desperdício de tempo e de trabalho, além da negativa de efetividade na proteção do direito material juridicamente tutelado. Cabe ao juiz, após a instrução, julgar o mérito do feito. A única ressalva que se deve fazer é com relação aos efeitos financeiros da decisão em caso de condenação, que devem ser imputados só após a sentença condenatória, uma vez que antes da instrução o INSS não tinha como saber que o autor tinha direito ao benefício pleiteado apenas e diretamente em juízo.

⁷¹ Seria o caso, por exemplo, de extinção de um processo de desapropriação indireta, sem julgamento do mérito, porque no momento da propositura da ação o autor não era o proprietário, ignorando-se o fato de logo depois ter adquirido o bem; ou então da extinção de uma ação renovatória proposta antes do prazo de três anos de exploração pelo locatário (Lei 8.245, art. 51, III), mas cujo período se perfaz antes da citação do réu. Nesses casos, embora as condições da ação devam ser verificadas no momento da propositura da ação (*in status assertionis*), há erro de julgamento por não se levar em consideração fato superveniente que influi decisivamente no julgamento da demanda, violando-se o art. 462 do CPC.

Imagine-se o seguinte exemplo: uma criança, representada pela mãe, ajuíza ação de investigação de paternidade contra dois supostos pais. A mãe tem certeza que um deles é o pai, só não sabe qual. A princípio, pode-se vislumbra a inépcia da petição inicial por contradição na causa de pedir, sendo que um dos réus evidentemente não será o pai, uma vez que a biotecnologia ainda não permite a paternidade conjuntiva. Mas, vendo-se a ação por um prisma de efetiva tutela dos direitos da criança, que merece especial e prioritária proteção do Estado, bem como pela possibilidade de se ter uma célere solução do litígio quanto ao mérito, cabe considerar que seria demasiadamente demorado aguardar o desfecho de uma ação contra um dos supostos pais, aleatoriamente escolhido, aguardar-se um exame negativo de DNA, seguindo da sentença de improcedência, para só então, após isso, passar-se a admitir uma nova ação contra o segundo suposto pai ⁷².

A importância de um exame minucioso da ação para aquilatar os fatos controvertidos que demandam prova também é fundamental, dever que nem sempre é observado. Faz parte da praxe forense a designação de audiências de instrução para a prova de fatos já provados documentalmente, ou sobre os quais não há qualquer controvérsia. Isso ocorre porque não houve um cuidado maior do magistrado na fase de saneamento do feito ⁷³.

⁷² Essa hipótese foi descrita como caso real em palestra que assisti de um Juiz de Direito, cujo nome não me recordo, que falou à platéia que pensou, num primeiro momento, em extinguir o processo em apreciação do mérito, mas depois pensou melhor e mandou processar o feito, uma vez que poderia resolver logo esse importante problema da paternidade. Reputamos sábia a decisão.

⁷³ Isso deve fazer repensar a própria atuação das Corregedorias de Justiça. Conversando uma vez com um juiz estadual, ele me disse que não dava tempo de fazer decisão de saneamento em cada processo porque as suas estatísticas de movimentação processual precisam mostrar produtividade. Quando ele designava uma audiência de instrução, ele dava andamento ao feito e, a partir daí, a paralisação do processo não mais poderia ser imputada a ele, mas sim à sobrecarga da pauta de audiências. Compreensível agir assim; é questão de sobrevivência. Cabe, todavia, aos órgãos superiores da administração dos tribunais estimular medidas que façam efetivo controle sobre a necessidade de provas e a possibilidade do julgamento antecipado da lide. Sobre a importância da decisão de saneamento para a celeridade do processo: “Em nosso sistema processual civil admite-se, com efeito, que o juiz possa, tanto em primeiro, como em segundo grau de jurisdição, ordenar *ex officio* as diligências que entender necessárias à elucidação da causa (art. 342), bem como indeferir aquelas requeridas com propósito manifestamente protelatório. Daí, porque lhe incumbe (no âmbito do processo de conhecimento), ao ensejo da conclusão da fase postulatória, examinar se o objeto formal do processo (pressupostos processuais e condições da ação) encontra-se em absoluta ordem, evitando-se, com esse expediente, perda de tempo, energia e dinheiro. Não sendo caso de julgamento segundo o estado dos autos (art. 329) ou de extinção antecipada do processo (art. 330), deverá o juiz, tratando-se de procedimento comum ordinário, designar audiência preliminar (art. 331). Assim, quando da fase saneadora, não havendo conciliação das partes no momento inaugural desse importante ato processual, ou não sendo ela cabível

Saliente-se que, mesmo com pedido da parte, há um entendimento consolidado no sentido de que o direito à prova não é absoluto; a parte só tem direito à prova se houver alguma relevância para o processo, sendo que o juiz, como destinatário da mesma, pode indeferir diligências inúteis ou meramente procrastinatórias⁷⁴.

Diante das múltiplas possibilidades de aplicação do princípio da eficiência em seu aspecto de celeridade, o importante, neste momento, é assentar que ele concede o direito fundamental a um processo sem dilações indevidas, seja para evitar a paralisação inerente ao tempo morto do processo, seja pelo andamento inútil. E, de modo correlato, impõe o dever às partes e ao juiz de se comportarem de modo a permitir a fluência mais célere possível do processo.

Disso decorre que qualquer ato legislativo, administrativo ou judiciário, comissivo ou omissivo, que importe lesão ao subprincípio da celeridade sem qualquer justificativa razoável, padecerá de inconstitucionalidade. Apenas a título de exemplo, a omissão judicial abusiva em apreciar uma causa ou pedido dá direito líquido e certo ao prejudicado de valer-se do mandado de segurança para instar o órgão competente à

(direito indisponível), o juiz prolatará a decisão declaratória de saneamento e procederá à fixação dos pontos controvertidos sobre os quais recairá a prova (art. 331, § 2.º). Não resta dúvida de que essa atuação judicial constitui medida de flagrante economia de tempo, visto que o juiz deverá ainda zelar para que a produção da prova se restrinja ao fato probando. Na verdade, a audiência preliminar presta-se para fomentar a cooperação entre os principais protagonistas do processo.” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998; pp. 35-36). Ressalte-se que, pelo acréscimo do § 3.º ao art. 333 do CPC, a audiência preliminar deixou de ser obrigatória, caso o juiz verifique a inviabilidade de conciliação; porém, continua sendo dever do magistrado a decisão de saneamento, com a verificação dos pressupostos de julgamento de mérito e a fixação de pontos controvertidos, caso não seja possível o julgamento antecipado.

⁷⁴ Concordamos, no essencial, com a afirmação de Jônatas Luiz Moreira de Paula: “O direito à produção de provas, a rigor, não se constitui como direito fundamental do litigante, porque ele somente será deferido em razão da situação concreta exposta nos autos pela parte. Assim, não se constitui como um direito formal, ao contrário do que ocorre com os direitos à ampla defesa, ao contraditório e ao duplo grau de jurisdição. No entanto, mostrando-se plausível o fato exposto pela parte e a viabilidade probatória de sua comprovação, concretamente o litigante faz jus à produção de provas, não podendo ser obstado a pretexto de celeridade processual.” (PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Reforma do Poder Judiciário e celeridade processual sob a perspectiva da tridimensionalidade do processo*. In In Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional N. 45/2004. Tereza Arruda Alvim Wambier *et alli*, coord. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005; p. 333-334. Discordamos quanto ao duplo grau de jurisdição, como trataremos abaixo no tópico referente à segurança jurídica, entendendo que não se constitui como direito fundamental.

prolatação de uma decisão⁷⁵, sem prejuízo da eventual reparação civil do Estado pela mora judiciária.

Disso decorre também que as partes devem ser protegidas no direito a obterem celeridade processual e reprimidas quando o seu comportamento tiver por objetivo frustrar esse desiderato⁷⁶.

5.2.3 Eficiência como segurança jurídica

**É interessante ver que, numa partida de futebol, o árbitro
toma todas as decisões imediatamente, auxiliado pelos dois bandeirinhas;**

⁷⁵ Mandado de Segurança com esse objetivo foi apresentado perante o TRF – 2.^a Região, impetrado pelo Ministério Público Federal em petição subscrita pelo Procurador da República Antônio do Passo Cabral, processo n.º 2007.02.01.009503-4, cuja minuta da petição inicial ele disponibilizou na rede interna de comunicação dos membros do Ministério Público Federal. Dela destaco o seguinte trecho: “A rapidez das mudanças no direito material e o dinamismo da vida contemporânea não tardaram a apresentar um novo problema ao Estado: a sociedade passou a exigir urgência na resposta estatal, e seus mecanismos para a solução de controvérsias ainda possuem formato secular, em descompasso com as necessidades de providimentos céleres e respostas imediatas. A realidade procedimental e estrutural dos órgãos estatais de processamento e julgamento despertou, no final do século XX, profundo debate sobre o papel do Estado na resolução de conflitos e solução de controvérsias. A preocupação por celeridade foi fomentada ainda pelo movimento em busca da efetividade do processo, na certeza de que uma prestação jurisdicional tardia seria uma outra forma de injustiça. Enquanto o processo não é decidido, as partes continuam com suas vidas dominadas por um estado de incerteza pernicioso, que as impede de programarem suas atividades, projetando os efeitos que a derrota ou vitória na lide proporcionaria, algo que, nem mesmo pela previsão das tutelas de urgência é solucionado. Em verdade, a demora na solução do litígio impõe a todos os litigantes um prejuízo: autor e réu perdem simultaneamente em razão do prolongamento injustificado da lide. Trata-se de um dano que não decorre da derrota em relação à pretensão deduzida, mas um “dano marginal”, na feliz expressão que foi popularizada na doutrina italiana por Italo Andolina. O dano marginal é aquele que sofrem os litigantes em razão de deficiências na tramitação dos processos e esta compreensão torna evidente a afirmativa inicial de que a demora afeta a ambos, autor e réu, vencedor e vencido. Como dizia Carnelutti, se a lide é uma doença social, tem que ser curada rapidamente. “Quanto menos dura a doença, mais é vantajoso para a sociedade”. Sem embargo, a idéia da “duração razoável do processo”, já estava prevista nos tratados internacionais de direitos humanos, como o Pacto de São José da Costa Rica (arts.7.5 e 8.1)³, a Convenção Europeia de Direitos Humanos (arts.6o, 1)⁴, e já vinha sido objeto de atenção detida da doutrina por muitos anos. E os anseios por uma jurisdição justa e célere, que responda adequadamente aos pleitos dos indivíduos, implicou, por ocasião da Emenda Constitucional n.45 de 2004 (a chamada “Reforma do Judiciário”), na inserção do inciso LXXVIII no art.5º da Constituição da República de 1988.”

⁷⁶ Veja-se, por exemplo, a consagração legislativa do direito do autor de obter a antecipação dos efeitos da tutela, mesmo quando não haja perigo na demora, quando “fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.” (CPC, art. 273, II), sem prejuízo da concomitante imposição das penas por litigância de má-fé para desestimular a parte que apresente comportamento injustificadamente arredo ao regular desenvolvimento do processo. Os incisos IV a VII do art. 17 do CPC caracterizam a litigância de má-fé por violação ao dever de celeridade. É claro que a parte pode se defender e tem direito

ele pode expulsar jogadores, marcar faltas e *penaltys*, anular ou conceder *gols* em casos duvidosos, prorrogar ou encerrar antecipadamente a partida. Justas ou não, suas decisões são adotadas e implementadas na mesma hora, não sendo passíveis de recurso. Os participantes que teimam em enfrentar o árbitro para discutir desrespeitosamente a decisão acabam punidos.

Isso é assim no futebol profissional, em a carreira e o patrimônio de muitas pessoas está envolvido. Apesar de às vezes produzir decisões injustas, ou polêmicas, que poderiam ser objeto de longa reflexão e exame, esse sistema permite que o resultado da partida seja logo conhecido e assimilado por todos, torcedores, jogadores, técnicos, dirigentes esportivos, clubes e investidores. Todos podem rir ou chorar, programar as suas vidas, fazer planos, e por mais que não se conformem, darão como certo o resultado proferido. A vida continua e outros jogos e novos desafios se armam para todos. Bem ou mal, mal ou bem, aquela situação está resolvida.

Se fossemos submeter os resultados de jogos de futebol e de arbitragens aos trâmites do atual processo judiciário brasileiro, talvez ainda não tivéssemos certeza de quem seria o vencedor do campeonato brasileiro de trinta anos para cá. Seria inacreditavelmente tormentoso suportar uma incerteza dessas, principalmente a quem depende financeiramente ou torce apaixonadamente por esse esporte.

Seria insuportável, mas é isso o que ocorre atualmente, *mutatis mutandis* e guardadas as devidas proporções, com a vida das pessoas que têm litígios submetidos ao Poder Judiciário. Às vezes, é melhor ter uma decisão, qualquer decisão, do que simplesmente deixar em aberto as possibilidades. Sabendo qual é a resposta do sistema, as partes podem moldar seu comportamento a fim de obter determinados benefícios ou suportar malefícios, tudo de modo consciente e planejado⁷⁷.

constitucional a isso; todavia, se seu comportamento tiver como objetivo apenas procrastinar o andamento do feito, o exercício do direito à defesa passa a ser abusivo.

⁷⁷ As indefinições com relação à competência jurisdicional, por exemplo, implicam a nulidade de milhares de processos, ou geram excessivo tumulto processual, enquanto a questão não está definitivamente resolvida por

A estabilidade social e a capacidade de desenvolvimento de um povo estão diretamente ligados à possibilidade de orientação do comportamento humano segundo as consequências jurídicas que dele poderão advir. A vida, naturalmente, já é repleta de incertezas, com muito mais perguntas em aberto do que respostas ao nosso alcance. O futuro é sempre minado pela imprevisibilidade e toda atividade humana é sujeita a maiores ou menores riscos. As pessoas precisam saber as consequências de um ato para avaliar se podem ou não praticá-lo, bem como se vale a pena praticá-lo dentro de uma trajetória individual de suas próprias vidas⁷⁸.

A segurança jurídica fomenta investimentos pela redução de riscos, reduz custos de transação na sociedade e propicia conforto às pessoas pela possibilidade de adequarem seu comportamento a um planejamento próprio de vida. Esse valor de segurança, tão caro à sociedade, vem reconhecido pelo sistema jurídico com a consagração do princípio da segurança jurídica. O que os estudiosos e criadores do Direito podem e devem fazer pelas pessoas é diminuir, *tanto quanto possível*, as incertezas, a imprevisibilidade e os riscos das atividades humanas. Há uma relação proporcional direta entre a eficiência da produção na sociedade e a atuação do Estado inclinada a prover segurança jurídica.

A segurança jurídica que se reclama, com a promoção de previsibilidade e a redução de incertezas e riscos, também deve existir no processo em duas vertentes, uma

jurisprudência pacificada dos Tribunais Superiores. Melhor que uma decisão fixada com base em profunda erudição técnica, sustentando com argumentos robustos quem é o juízo competente em razão da matéria, é uma decisão qualquer, que fixe desde logo – e para todo o sempre –, naquela matéria, o juízo competente. Deste modo, o Poder Judiciário deve dar respostas rápidas sobre certos temas, sendo que a rapidez pode ser mais importante que a erudição que entorna a decisão. Nesse sentido, vê-se que a celeridade na definição de um litígio é fator fundamental para assentar a sua estabilidade, a partir da assimilação psicológica e financeira do resultado da demanda para a vida dos litigantes, principalmente o perdedor.

⁷⁸ “A segurança é uma necessidade humana básica, considerada uma das principais causas da própria existência do Direito. Se a existência do ordenamento jurídico decorre da necessidade humana de segurança, não há como conceber um ordenamento em que ela não esteja presente: seja um ordenamento autoritário ou democrático, seja um ordenamento escrito ou não-escrito, a existência do ordenamento jurídico dá-se pela necessidade de segurança – e, por isso, pressupõe esse valor. Em outras palavras, pode-se afirmar que, enquanto a concretização da segurança é a causa final do Direito, a necessidade de segurança é sua causa eficiente. Dentre os denominados princípios jurídicos destaca-se, assim, a importância da segurança

interna e outra externa. A primeira diz respeito à atuação dos operadores dentro do processo: as partes, seus representantes legais, o juiz e seus auxiliares, todos precisam respeitar e têm direito de respeito ao valor encarnado na idéia de segurança jurídica. A outra vertente, externa, considera o próprio processo como um instrumento de promoção da segurança jurídica na sociedade.

O processo atenderá ao princípio da eficiência quando a atuação das partes envolvidas, bem como dos demais atores da sua construção, puder ser marcada pela previsibilidade sobre as conseqüências internas dos seus atos, com a máxima redução de riscos pela incerteza. Outrossim, o processo atenderá ao princípio da eficiência se ele mesmo for usado como instrumento para a estabilização das relações sociais. Desse modo, segurança jurídica, no âmbito do processo, diz respeito (i) à previsibilidade quanto ao comportamento das partes e suas conseqüências e (ii) à estabilidade da decisão proferida para fins de regulação do litígio submetido ao Poder Judiciário.

Reflexo marcante disso é que as partes não podem ser prejudicadas pelas indefinições do Poder Judiciário quanto a meios e formas de se realizar um ato processual qualquer, cabendo reconhecer que há uma *técnica geral de fungibilidade* permeando todo o processo⁷⁹, como decorrência do princípio da eficiência. Sempre que houver uma dúvida consistente na jurisprudência sobre dois ou mais meios que possam ser utilizados pela parte para a prática de um ato processual, qualquer deles deve ser admitido pelo juiz do caso⁸⁰.

jurídica.”(MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008; p. 306).

⁷⁹ Concordamos com José Bedaque: “A fungibilidade, todavia, não deve ficar limitada às hipóteses previstas em lei ou consagradas na doutrina e na jurisprudência. É de ser considerado princípio geral do sistema processual, tanto quanto o da instrumentalidade das formas, de que ele constitui mera decorrência lógica.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006; p. 118). Inegável o mérito de visualizar a fungibilidade além do tema “recursos” no processo. Discordamos apenas em ponto secundário: a fungibilidade não é um princípio em si; ela é apenas uma técnica destinada a promover o valor *eficiência* no processo, este sim alçado à condição de princípio.

⁸⁰ “Uma reflexão mais madura mostrou-nos ser evidente a inadequação do pensamento absolutamente rigoroso, que privilegia a coerência e a precisão dos passos do raciocínio para resolver boa parte dos problemas jurídico, especialmente problemas processuais. Não se trata, de modo algum, nem de pregar tampouco de legitimar *soluções tomadas à maeragem do sistema jurídico*. Trata-se, isto sim, de enxergar como possíveis, e como mais convenientes em determinados casos, soluções tomadas não com base na lei, mas com base no sistema: lei, doutrina, jurisprudência, manejados criativamente. No próximo sistema [sic, acredito que se queria referir a *próprio* sistema] são identificáveis “zonas de penumbra”, ou seja, situações em face das quais se apresenta mais de uma solução possível, legitimada por parte da própria doutrina, da jurisprudência e

Este, por sua vez, sem cogitar de preclusão ou outros malefícios para a parte que fez a escolha, só poderá determinar a adaptação do ato, meio ou procedimento adotado por outro ato, meio ou procedimento que entender correto quando houver efetivo prejuízo à parte contrária se prevalecesse a escolha originária.

Outrossim, não podem as partes terem a sua situação processual guiada exclusivamente pela sorte vinculada às vicissitudes na prestação do serviço judiciário. Embora não se esteja diante de uma atividade orientada por uma ciência exata, sabendo que o fator humano estará sempre presente e resíduos de subjetividade e do fator “sorte” sempre existirão, o princípio da eficiência determina que a álea seja reduzida ao máximo, tanto quanto humanamente possível. Inviável, por isso, qualquer proposta de interrupção da prescrição que se baseie na citação do réu, ou no despacho que defere a citação, porque tais atos, que são simples e deveriam ser rapidamente praticados após a distribuição da petição inicial, podem levar anos caso o processo seja perdido ou esquecido, como às vezes ocorre.

Ainda corolário do aspecto de segurança jurídica está o dever do Poder Judiciário de engendrar mecanismos que produzam a uniformidade de entendimentos, tanto para os julgamentos de matéria de mérito, atinentes ao direito material, como para os julgamentos sobre matéria procedimental, de sorte a conferir uniformidade e previsibilidade na atuação das partes e estabilidade para as decisões judiciais, não sendo admissível, v.g., que haja alteração de uma decisão já tomada sobre matéria cognoscível de ofício apenas

da própria lei. No que diz respeito especificamente ao processo, estas ditas zonas de penumbra se manifestam quando se admitem, no sistema, dois ou mais caminhos para se chegar a um mesmo lugar. Não são poucas as hipóteses em que se flagram tanto no plano da doutrina quanto no da jurisprudência discordâncias quanto a qual seria o *meio* adequado para se atingir determinado fim no processo ou por meio do processo. Pensamos que nas zonas de penumbra deve-se optar pela resposta que privilegie os valores fundamentais, entre os quais se sobressai a *operatividade do sistema*, qualidade que deve torná-lo apto a gerar os fins para os quais foi criado. Justamente nestas hipóteses é que, em nosso entender, deve incidir o princípio da fungibilidade: casos em que há dúvidas quanto a qual seja o caminho adequado (=correto) para se atingir determinada finalidade por meio de um pedido formulado perante o Poder Judiciário, dúvida esta cuja existência se percebe por haver divergências no plano da doutrina e/ou no da jurisprudência a respeito. Hoje se tem consciência cada vez mais nítida de que o processo foi concebido para “dar” direitos a quem os tem: não para “inventar” direitos e atribuí-los a quem não os tenha, ou para subtrair direitos dos seus titulares. Não deve haver, pensamos, um “fosso” entre a realidade criada como resultado do processo e a realidade disciplinada pelo direito material. Ambos os planos devem caminhar absolutamente rente.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O princípio da instrumentalidade sob a ótica da função instrumental do processo*. In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação das decisões judiciais, volume 8. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, coord. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 739).

porque o juiz mudou ou o entendimento do mesmo juiz mudou, ou que sejam alteradas as decisões liminares de caráter provisório, cautelares ou antecipatórias, pela mesma razão.

5.2.4 Eficiência como economicidade (ou economia processual)

O princípio da economicidade ou economia processual é inerente a qualquer atividade humana, bem por isso ao serviço público como um todo e ao processo em particular. Escora-se numa máxima de sabedoria, que é de aumentar a relação custo/benefício (sempre que possível), ou seja, fazer mais com menos (sempre que possível). Diminuir custos, diminuir etapas, diminuir esforços, sempre que possível, ou seja, sempre que essas diminuições não implicarem a lesão a direitos fundamentais das partes envolvidas⁸¹.

Sempre que se respeita o subprincípio da economia processual, atende-se simultaneamente ao da celeridade, mas o ganho não é só de tempo, mas também de esforços e dinheiro das partes ou do aparato estatal. Por sua vez, o aspecto da celeridade na eficiência nem sempre envolve a economia processual, como é o caso de se autorizar a impetração de mandado de segurança pela omissão excessiva da autoridade judiciária de decidir ou despachar um processo; dobra-se o serviço com a criação de um novo processo apenas para que seja dado o devido andamento ao processo anterior⁸².

O princípio da eficiência sob o aspecto da economia processual traz o suporte constitucional ao que se chama de princípio *pas de nullité sans grief* (não se proclama a nulidade sem prejuízo), inerente à teoria das nulidades no processo; mesmo

⁸¹ J.R. dos Santos Bedaque, após afirmar que o princípio da economia processual estabelece uma relação de adequação entre meios e fins, aduz: “Representa aplicação desse princípio o procedimento que possibilite alcançar os escopos da atividade jurisdicional com o máximo de eficácia e com o menor dispêndio possível”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006; p. 50). Concordamos com a idéia, fazendo ressalva apenas quanto ao uso da palavra eficácia, que se deve entender por efetividade, tal como definida neste trabalho.

⁸² É muito comum, no âmbito do processo penal, a impetração de *habeas corpus* perante órgão judiciário hierarquicamente superior com o fundamento de que o órgão inferior não apreciou, em tempo razoável já transcorrido, outro pedido de *habeas corpus*, pedindo sua apreciação. Isso ocorre pela jurisprudência que não admite a supressão de instância, só aceitando pedido de *habeas corpus* quando a tese suscitada tenha sido debatida e rejeitada pela instância inferior.

quando a nulidade é proclamada, ela não atinge os atos posteriores que sejam independentes do ato nulo.

Este subprincípio encontra no âmbito da teoria das nulidades processuais campo fértil de aplicação, quando em vista a preservação de atos praticados, além de prevenir a prática de atos inúteis, numa perspectiva do que se vai construir no processo. Exige-se que o foco da prática de atos processuais seja direcionado ao fim a que se propõem, perdendo sentido a noção de prestígio da forma como um valor intrínseco⁸³.

Verdadeira revolução, em termos de economia processual, vai ocorrer com a integral informatização de todos os processos, em todos os graus de jurisdição. Sem mencionar a proteção ao meio ambiente, pela economia de papel, hoje temos vários problemas processuais ligados ao uso do papel como meio físico para suporte do processo⁸⁴. A questão da juntada de peças obrigatórias e facultativas em agravo de instrumento é um deles, porque embora a lei enumere as peças dos autos que necessariamente devem instruir o agravo de instrumento, às vezes a falta de outras peças, de juntada facultativa, impede o tribunal de realizar um exame mais detido e completo da controvérsia para análise do contexto em que proferida a decisão interlocutória. Dependendo da quantidade de volumes do processo, o custo da fotocópia integral gera a sua inviabilidade.⁸⁵ Quando o processo for

⁸³ Essa postura (necessária) de instrumentalidade é realçada por José Bedaque: “Como a forma não constitui valor em si mesma, o formalismo processual deve ser examinado à luz dos objetivos a serem alcançados. Assegurada a participação dos interessados na formação do convencimento do julgador – e, portanto, no resultado do processo –, o problema da forma acaba passando para segundo plano. É preciso reconhecer que muitas vezes o fim é alcançado embora não observada a forma destinada a garanti-lo. Por isso, as regras relacionadas aos requisitos formais desse método de trabalho devem ser interpretadas à luz dessa premissa: o que importa é o fim, sendo a forma mero meio para atingi-lo. É imprescindível que o processualista volte sua atenção para o objetivo principal do processo, em função do qual deve ser aplicada a técnica processual.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006; p. 46).

⁸⁴ Infelizmente, os investimentos na informatização ainda são tímidos frente à sua relevância, como se vê da seguinte notícia: “Para CNJ, Justiça será digital só em dez anos. Quase dois anos depois de a lei de informatização dos processos judiciais ter entrado em vigor, petições, inquéritos e ações continuam a chegar aos tribunais pelo correio, informa de Brasília o repórter Felipe Recondo. Até hoje, nenhum estado brasileiro está nem perto de completar a modernização. Pelos cálculos do Conselho Nacional de Justiça, mais dez anos serão necessários para a tarefa. O atraso gera situações que deveriam estar superadas. Dados do CNJ mostram que, no ano passado, 70 % do tempo de tramitação de cada processo foi consumido em atos relacionados à burocracia do papel – como certidões, protocolos, registros e carimbos.” (Fonte: jornal “O Estado de São Paulo”, capa, edição de 15 de setembro de 2008).

⁸⁵ O problema se torna ainda mais grave, sob a perspectiva da ampla defesa e da previsibilidade de comportamento das partes, na medida em que a jurisprudência entende que, se uma peça facultativa não for juntada em agravo de instrumento, mas o seu exame seja “essencial” para o julgamento da questão, o recurso não deve ser conhecido caso o documento não seja juntado. A parte, se não juntar cópia integral dos autos,

inteiramente informatizado, a parte poderá juntar ao agravo, num único arquivo, todo o processo digitalizado, evitando o não conhecimento deste recurso ou o equívoco da decisão *ad quem* (que pode atingir não só o agravante como o agravado) pela instrução insuficiente deste recurso.

Outro desses problemas está na prova de tempestividade dos recursos. Essa prova hoje é feita pela data do protocolo do recurso, que fica grafada a tinta no papel, pela máquina que faz isso. O problema é que a máquina às vezes não funciona direito e deixa ilegível a data da interposição. Isso cria um dilema ao tribunal: se admitir o recurso, pode estar fraudando lei imperativa, porque prazo recursal tem caráter peremptório e sua não observância dá força de coisa julgada à decisão; porém, se não admitir o recurso, deixa a parte recorrente à absoluta mercê da qualidade do carimbo das máquinas de protocolo, nem sempre confiável. O Supremo Tribunal Federal adotou esta segunda posição, jogando toda a responsabilidade e riscos da ineficiência de aparelho administrativo do Poder Judiciário sob os ombros da parte. Se o sistema for informatizado, a data do protocolo do recurso, com o envio do correspondente arquivo, será aferida eletronicamente, com uma segurança tecnológica muito superior. Enfim, problema resolvido

Não haverá mais o problema de sumiço dos processos nas serventias; o indeferimento de carga dos autos porque o prazo está fluindo comum, uma vez que os autos estarão sempre à disposição de ambas as partes. Não haverá o problema de uma carta precatória ficar meses para ser expedida e depois deixar de ser cumprida porque o juízo deprecado sentiu falta de cópias dos autos essenciais à prática do ato deprecado, uma vez que bastará mandar um arquivo, no qual esteja todo o processo, para o juízo deprecado.

Sem prejuízo dos inúmeros benefícios que a informatização irá proporcionar, há algumas medidas que podem ser adotadas no âmbito cartorário, ou procedimental, que podem imprimir eficiência à atividade jurisdicional. Assim, por

fica à completa mercê do subjetivismo do Tribunal: caso considerem que uma parte do processo era “essencial” ao julgamento do agravo, deixam de conhecer do recurso. Confira-se, a título ilustrativo: “Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento firmado no sentido de que as peças tidas como facultativas, mas essenciais à compreensão da controvérsia, deverão instruir o recurso de agravo de instrumento, sob pena

exemplo, nas ações civis públicas contra entidades de direito público, com pedido de medida liminar ou antecipação dos efeitos da tutela, a lei exige que a entidade seja intimada a se manifestar sobre esse pedido no prazo de setenta e duas horas⁸⁶. O juiz pode prestigiar o princípio da economia processual determinando, num só ato, num só mandado, a concomitante intimação da pessoa jurídica de direito público, para se manifestar quanto à liminar, e sua citação, para responder ao processo no prazo legal⁸⁷.

Em inspeção do Conselho Nacional de Justiça no Tribunal de Justiça da Bahia constatou-se que “Há milhares de processos já despachados aguardando cumprimento (expedição de mandado de citação, expedição de carta de intimação, expedição de ofícios diversos, remessa à imprensa) há vários anos”⁸⁸. Uma das providências que podem impedir o longo decurso de tempo entre a data da decisão e a expedição de um mandado judicial é fazer constar, na própria decisão, que sua cópia, portada por Oficial de Justiça, servirá de mandado para todos os fins. Se for mandado de citação, quando não seja possível fazê-lo pelo correio, o despacho que a determina já pode fazer constar a advertência do art. 285, segunda parte do CPC. Vale o mesmo para a expedição de ofícios: a cópia da decisão (“Expeça-se ofício para ... em virtude de ..., ou para que ...”), já pode servir como o ofício em si, evitando-se a redação de um documento especificamente para esse fim. Com esse procedimento, ganha-se em celeridade e também em economia processual, porque não há necessidade de incumbir um servidor de conferir cada decisão e digitar a expedição de um mandado ou de um ofício em documento autônomo; considerando a movimentação processual de uma vara, pode-se evitar que centenas de mandados e ofícios sejam expedidos por essa fórmula de índole cartorária, que prestigia, com isso, o aspecto de economia processual do princípio da eficiência.

de não conhecimento.” (STJ, REsp AgRg no Ag 1061152 / PE, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 24.11.2008).

⁸⁶ Lei 8.437/1992, art. 2.º: “Art. 2º No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.”

⁸⁷ Muitos juízes não fazem isso; primeiro intimam a parte ré para o pedido de liminar, demoram dias ou meses para apreciar o pedido e só depois disso determinam a citação da ré, que a esta altura já está devidamente ciente de todos os atos do processo. A citação fica realizada apenas em caráter “pro forma”, como exigência de regularidade formal do processo, desfigurada da sua finalidade de levar ao conhecimento do réu o conhecimento da ação que pesa contra si, afim de que possa se defender.

⁸⁸ Realizada nos dias 15 a 17 de outubro de 2008. Documento disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/inspecao-cnj-bahia.pdf>, acesso em 03.08.2009.

Ainda à guisa de exemplificação, outra discussão que permeia a jurisprudência está na possibilidade, ou não, de o juiz ou o Tribunal adotar decisão que, na sua fundamentação, limita-se a transcrever ou a acolher os fundamentos invocados por qualquer das partes, dando-lhe razão, ou pelo parecer do órgão do Ministério Público, sem acrescentar outros fundamentos, ou redigir com seus próprios fundamentos.

Se o magistrado entende que os fundamentos invocados por qualquer das partes são suficientes, esclarecedores, que nada há de relevante para acrescentar, a exigência de fundamentação própria para a decisão não faz sentido. Todavia, há uma certa cultura judicial de resistência pela qual, mesmo quando se dá total razão a uma das partes, costuma-se aduzir novos argumentos para justificar a decisão, ou usar os mesmos argumentos da parte com uma linguagem diversa, valendo-se de outros precedentes que decidiram no mesmo jeito dos precedentes juntados pela parte.

A Constituição exige que as decisões judiciais sejam fundamentadas, mas não que a fundamentação seja original, inovadora, nem que se escrevam com outras palavras aquilo que o juiz entende bem escrito por qualquer das partes. Por isso, além de manifestar honestidade intelectual, atende ao subprincípio da economia processual a decisão judicial que, na sua fundamentação, limita-se a afirmar que acolhe ou rejeita um pedido pelos fundamentos invocados pela parte, desde que, na visão do magistrado, aqueles fundamentos sejam idôneos, isto é, resolvam a questão com correção e clareza, nada havendo de relevante para acrescentar ou suprimir. Quando a parte prejudicada com a decisão quiser recorrer, por sua vez, deverá se reportar e atacar os fundamentos invocados pela parte favorecida.

Outro ponto a se repensar na legislação está na exigência de carta precatória para a prática de atos processuais. Se o juízo de uma comarca realmente precisa de um ato concreto do juízo de outra comarca, a carta precatória será mesmo necessária, como é o caso da oitiva de uma testemunha residente em local distante. Contudo, há casos em que isso não ocorre e as cartas precatórias são expedidas só porque o ato de um juiz vai ser realizado, vai repercutir ou produzir efeitos em comarca diversa, exigindo-se a formação de

um instrumento em apartado e longo tempo para cumprimento, quando o ato poderia ser perfeitamente realizado pelo juízo deprecante sem a mediação do deprecado⁸⁹.

5.3 O princípio da eficiência e o custo econômico na realização dos direitos

A questão dos custos para a realização dos direitos admite ao menos quatro diferentes abordagens. Podemos falar, em termos de administração pública e gerenciamento financeiro, nos custos para a estruturação humana e material do Poder Judiciário e de outras instituições públicas extremamente relevantes para a realização de direitos, como o Ministério Público e a Defensoria Pública. Essa primeira perspectiva trata dos investimentos financeiros a serem realizados na engrenagem estatal responsável pela distribuição da justiça; é o custo de aquisição, manutenção e reciclagem de servidores e equipamentos utilizados pelos órgãos e instituições vinculados à prestação da tutela jurisdicional., direta ou indiretamente.

O princípio da eficiência tem relação com essa perspectiva e pode servir de fundamento a medidas legislativas, judiciais e administrativas para a melhoria da máquina judiciária, tanto pela necessidade de se aumentar os investimentos como de adotar medidas qualitativas de gerenciamento administrativo dos recursos humanos e materiais disponíveis. Apesar de ser inerente ao princípio da eficiência, esta preocupação está mais ligada à administração pública e ao direito administrativo do que ao processo, razão pela qual não será objeto do nosso exame.

⁸⁹ Veja, p. ex., o art. 230 do CPC, que dispõe que “Nas comarcas contíguas, de fácil comunicação, e nas que se situem na mesma região metropolitana, o oficial de justiça poderá realizar citações ou intimações em qualquer delas.” Theotonio Negrão, comentando referido dispositivo, escreve que “Não pode, porém, efetuar penhoras (v. art. 658, nota 2), nem buscas e apreensões de bem alienado fiduciariamente (RF 308/160).” (NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e Legislação processual em vigor*. 33.^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002; p. 292). Esta também é a notação jurisprudencial de Nelson Nery e Rosa Nery: “Penhoro. A providência autorizada pelo CPC 230 só se refere à citação, não podendo ser aplicada à penhora (JTACivSP 72/217). No mesmo sentido: JTACivSP 62/108.” (NERY Jr., NELSON e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006; p. 418). Ora, esse dispositivo fala em citações e intimações apenas porque foi inserido em seção que trata das citações no CPC, mas é perfeitamente possível dar-lhe interpretação extensiva para abarcar outros atos processuais, como a penhora e a busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, desde que o oficial de justiça tenha condições de se locomover até onde o bem se encontre. Se, na linha de jurisprudência pacífica, o juízo deprecado não pode fazer nenhuma análise quanto ao mérito da decisão tomada pelo deprecante, a precatória não deve ser expedida para que o ato seja submetido a seu prévio controle, mas sim porque deve haver alguma necessidade concreta, real e específica de colaboração do juízo deprecado, que nesses casos não há. Então, este entendimento está em desacordo com o princípio da eficiência.

Uma segunda abordagem está no custo econômico de uma das partes, principalmente o Estado, para a realização de direitos materiais. Nesse caso, não se trata do custo manutenção da máquina judiciária, ou de instituições afins, para promover o acerto do direito ou sua execução, que fora objeto da anterior, mas sim do custo que arcará a pessoa física ou jurídica obrigada à satisfação do direito e das consequências disso. O direito existe, mas o custo da sua implementação pode ser tão drástico que, numa perspectiva de custo e benefício, torne-se inviável realizá-lo.

Esta segunda abordagem está bastante presente na efetivação dos direitos sociais a cargo do Estado. Convivemos com uma imensa dificuldade teórica e prática com relação à concretização dos direitos sociais, como saúde, educação, segurança, lazer, moradia, etc., porque embora presentes e positivados na legislação, as disposições orçamentárias e as disponibilidades financeiras, naturalmente limitadas, muitas vezes impedem a satisfação de todos esses direitos ao mesmo tempo, ou a sua satisfação plena.

É o que ocorre com quem precisa submeter-se a uma cirurgia caríssima, feita apenas no exterior, para a recuperação da sua saúde. A discussão que se trava nestes casos consiste em que o atendimento à saúde deste único indivíduo demandará a utilização de recursos extremados, subtraindo o seu emprego para o atendimento da demanda coletiva de saúde de toda a população. O orçamento da saúde é arquitetado para atender a população em geral, seguindo padrões estatísticos de enfermidades. A saúde de milhões de outras pessoas depende de remédios, procedimentos médicos, clínicos e hospitalares,

bem mais simples e baratos; pode ser que a utilização freqüente e descontrolada de verbas públicas para o atendimento de problemas isolados venha a comprometer a solvabilidade de todo o sistema coletivo.

O atendimento ao direito de um pode implicar a negação ao direito de milhares ou milhões de pessoas. Além disso, o Estado não teria condições de arcar o mesmo tratamento dispendioso para todos que precisassem, se todos recorressem ao Poder Judiciário, sendo certo que, se fosse obrigado a fazê-lo, o dinheiro utilizado faria falta para a saúde em si ou para outras necessidades coletivas, como educação, moradia, transporte público, equipamentos de infra-estrutura urbana, etc.

Não se pretende aqui negar qualquer possibilidade de intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas; não se pretende sequer discutir esse tema, que depende da importância dos bens jurídicos almejados e tratados como direito pelo ordenamento jurídico, da eficácia normativa das normas jurídicas que os protegem, bem como das nuances de fato de cada caso concreto. O princípio da eficiência é componente fundamental para a discussão do mérito de cada caso, considerando todo o direito material envolvido, mas essa perspectiva também foge dos limites do presente trabalho.

A discussão se um direito deve ser implementado, ou se os custos materiais para sua implementação são impeditivos, é

extremamente relevante, porém também não é o foco deste trabalho, porque aqui o princípio da eficiência é tratado apenas numa perspectiva interna ao processo. Se esta questão prévia tiver resposta positiva, isto é, o direito deve ser concretizado, aí então nos caberá engendrar os meios necessários para que o direito reconhecido possa ser tutelado em tempo hábil e com plena efetividade.

O máximo que podemos asseverar é que, dentro do processo, algumas medidas, principalmente no âmbito probatório, podem ser extremamente custosas. Se o direito objeto da causa for patrimonial e o custo de obtenção da prova superar o próprio direito, há um claro indicativo de que a produção dessa prova viola o princípio da eficiência. Todavia, sempre será possível um exame de proporcionalidade, uma vez que o Estado não tem como preocupação central, ao prestar a jurisdição, a busca do lucro; mesmo isso lhe sendo uma atividade custosa, ele deve desempenhá-la, porque o objetivo não é tanto adjudicar bens aos litigantes, mas sim resolver o conflito humano e social que está por traz do processo, evitando a violência privada. Desse modo, afasta-se qualquer posição radical, tanto no sentido de que (i) um direito de ser realizado sempre, não importa o custo para isso, como também que (ii) sendo o custo superior ao próprio direito, ele não deverá ser realizado pela atividade judiciária do Estado.

A terceira abordagem está no custo das partes para o acesso à jurisdição. O princípio da eficiência impõe a satisfação de direitos materiais com o mínimo de custo possível e isso implica criar facilidades

para o acesso, tramitação e finalização dos processos jurisdicionais. Esta perspectiva não está sendo discutida aqui com profundidade, porque ela é mais inerente ao direito de acesso à Justiça do que à eficiência interna do processo. Apenas quando toca ao princípio da economia processual acaba recebendo a devida atenção nesta tese.

Há possibilidades de se promover isso dentro do processo. Vejamos o artigo 544, § 1.º, do CPC. Esse dispositivo permite que o agravo de instrumento contra despacho denegatório de recurso especial e recurso extraordinário seja instruído por cópias reprográficas simples dos autos, não autenticadas em Tabelionato, declaradas autênticas pelo próprio advogado, sob sua responsabilidades pessoal. Considerando os custos elevados de autenticação de cópias perante tabeliães, não havia razão para deixar de estender o mesmo dispositivo, analogicamente, para quaisquer cópias juntadas nos autos do processo, só fazendo sentido apresentar a via original ou cópia autenticada se a parte contrária impugnasse a existência ou teor formal do documental, inquinando-o de falsificado.

Assim entendeu a jurisprudência, até que a Lei 11.382/2006, sacramentando entendimento jurisprudencial, viesse a alterar o código de processo civil para estabelecer que “Fazem a mesma prova que os originais as cópias reprográficas de peças do próprio processo judicial

declaradas autênticas pelo próprio advogado sob sua responsabilidade pessoal, se não lhes for impugnada a autenticidade.⁹⁰

A quarta abordagem está no custo que o processo deve impor às partes para as estimularem ao cumprimento voluntário de suas obrigações e a não litigarem de má-fé. O processo não deve valer a pena para quem resiste dolosamente ao cumprimento de suas obrigações, a quem tenta protelar ou frustrar o adimplemento. É preciso criar uma cultura jurisprudencial mais agressiva contra esse viés. Essa última perspectiva está sendo contemplada neste trabalho como pertinente ao aspecto da efetividade do princípio da eficiência.

Algumas medidas legais bastante relevantes foram adotadas, como a criação do art. 475-J do CPC, que impõe o pagamento de título executivo judicial líquido em quinze dias, sob pena de acréscimo de 10% (dez por cento) do débito (ou do remanescente, em caso de pagamento parcial), ou o parágrafo único do artigo 652-A, que reduz pelo metade a verba honorária da execução por título extrajudicial caso seja feito o pagamento integral do débito no prazo de três dias, contados da juntada aos autos do mandado de citação cumprido⁹¹. Muito ainda pode ser feito pela via jurisprudencial, como – por exemplo – considerar litigante de má-

⁹⁰ CPC, art. 365, IV. “Essa saudável disposição normativa vem corroborar o entendimento hoje sólido de nossos Tribunais, relativo à desnecessidade de autenticação de pelas processuais. (GIANNICO, Maurício. In As novas reformas do CPC e de outras normas processuais. Maurício Giannico e Vítor José de Mello Monteiro, coord. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 128-129).

⁹¹ MONTEIRO, Vítor José de Mello. In As novas reformas do CPC e de outras normas processuais. Maurício Giannico e Vítor José de Mello Monteiro, coord. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 90-91. O mesmo autor cita quem pensa de modo diverso e entende que o prazo é da citação e não da juntada aos autos do respectivo

fé aquele que se comporta contrariamente ao teor de súmulas do STF ou do STJ.

Em síntese, o custo econômico na realização de direitos faz parte do princípio da eficiência; só não faz parte do foco central deste trabalho. O princípio da eficiência comporta múltiplas possibilidades; sua concentração no domínio interno do processo decorreu apenas dos cortes e limites que tivemos de impor para viabilizar o seu estudo. Como nosso enfoque é estritamente processual, deixamos de explorar essa relação em toda a sua magnitude.

Dessa feita, não pretendemos enveredar pela discussão dos custos para aparelhamento do Estado, tanto humano como material, cogitar de novos investimentos que poderiam ser feitos, criticar investimentos feitos ou não, nem cogitar da possibilidade de realocação de recursos humanos e materiais para prover mais eficiência na prestação da tutela jurisdicional.

Também não faz nosso objetivo aprofundar nas questões sempre presentes no controle judiciário de políticas públicas, como as questões orçamentárias, a doutrina da reserva do possível e a eficácia de direitos fundamentais, que tocam em questões constitucionais delicadas, a começar pelo princípio da separação entre os poderes. Está mais para o

direito administrativo do que para o direito processual. Podemos apenas partir de um momento posterior: definido que o direito material deve ser realizado, superando o entrave dos custos econômicos, como fazer para implementá-lo pela via do processo? Aqui entra nosso enfoque sobre o princípio da eficiência: se a tese da reserva do possível não obstar a realização de um direito, o processo deve ser instrumento útil para tal fim.

Não é nosso intento, outrossim, discutir com a devida profundidade os custos para o acesso ao Poder Judiciário, tanto para o ingresso como para a manutenção do processo, numa disputa eqüitativa. Embora o tema seja caro e relevante, entendemos que o primeiro e mais importante requisito para a realização de direitos individuais e coletivos está na implementação de uma educação social de massa e de qualidade. Inconcebível falar em acesso à Justiça se a ignorância impede as pessoas de saberem quais são seus direitos. Mas não viemos discutir isso, e nem questões como as custas do processo, aparelhamento das Defensorias Públicas, criação de um corpo de servidores para fornecer provas periciais, custo da advocacia privada e assuntos congêneres. São temas que refogem ao âmbito estrito do processo.

O foco central deste trabalho era promover celeridade, efetividade – a direitos já reconhecidos, estabilidade e previsibilidade das relações sociais, economia processual, *tudo isso com categorias internas do processo*. A preocupação está em pensar o que o direito processual pode fazer para melhorar o processo. Se houver a possibilidade de

encurtar caminhos, concentrar atos, sem negligenciar outras garantias processuais, aí cogitamos de medidas de economia processual. Se tais medidas, além disso, trouxerem colaboração para a redução de custos, ficaremos satisfeitos também, mas esse não era o enfoque central.

Cumpre ressaltar que consideramos essas questões extremamente relevantes. Não há aqui nenhum desprezo à sua relevância social. Consideramos fundamental engendrar soluções administrativas para sanear o Poder Judiciário, fixar os limites da intervenção judicial nas políticas públicas e pensar em meios para facilitar ainda mais o acesso individual e coletivo aos benefícios da Justiça. Mais além, estamos convencidos de que a maior eficiência na promoção de direitos individuais e coletivos ocorreria por uma revolução na educação e não por qualquer medida com o Poder Judiciário. Um maior esclarecimento das pessoas faria cair índices de corrupção, exigiria um comportamento de maior responsabilidade e seriedade das sociedades empresárias, tanto com o consumidor como com o meio ambiente.

Todavia, a veia central deste trabalho não é o princípio constitucional da eficiência em todos os seus múltiplos aspectos, mas sim a sua aplicação interna ao processo civil. Só vamos considerar os custos do processo como meio para estimular o comportamento das partes porque isso tem influência direta com a efetividade do processo. O objetivo não é discutir custos, dinheiro ou orçamento, mas sim trabalhar com as categorias do processo para que a entrega da tutela jurisdicional atenda aos aspectos já delineados de *celeridade, efetividade, segurança*

jurídica e economia processual. Ao se conferir o devido status normativo a esses quatro vetores axiológicos do princípio da eficiência, não se pode acabar com todos os males de lentidão e ineficiência do Poder Judiciário, mas pode-se dar uma contribuição concreta para trilhar este caminho.

Um dos pontos fundamentais desta tese é fixar que nem sempre o aumento da eficiência exige aumento de custos, assim como o aumento da celeridade do processo não implica necessariamente riscos à qualidade da decisão ou a vulneração de outras garantias constitucionais, como o contraditório e a ampla defesa.

A relação entre o princípio da eficiência e outras normas constitucionais, além de direitos previstos e consagrados em lei, será tratada mais adiante, mas é possível adiantar que a eficiência não pode ser implementada a todo custo, com o sacrifício desmedido de outras garantias constitucionais processuais; isso só pode ocorrer quando absolutamente necessário para a salvaguarda de direitos materiais fundamentais ou para prover um mínimo de funcionalidade ao sistema de tutela jurisdicional.

Em via reversa, o sacrifício à eficiência só se justificará se respaldado pela proteção a direitos e garantias processuais previstos em lei que tutelem interesses caros ao devido processo legal; o sacrifício injustificado, sem sentido nem razão, padece de inconstitucionalidade e deve ser afastado.

Muito pode ser feito sem o acréscimo de dinheiro no Poder Judiciário; esse é o propósito do nosso estudo. Engana-se, porém, quem vislumbra na tutela jurisdicional a perspectiva de resolver outros problemas sociais, econômicos, culturais, psicológicos ou existenciais da sociedade ou das partes em litígio. A atividade jurisdicional, embora extremamente relevante, tem o seu papel social limitado como mecanismo de resolução de disputas. É disso que trataremos a seguir.

5.4 A eficiência entre produção vs. qualidade - análise da advertência de Carlos Alberto Salles

Carlos Alberto Salles afirma que a tutela jurisdicional traz outras implicações além da realização do direito que assiste à parte. Primeiro, ela leva à possibilidade de conciliação entre as partes, com uma solução amigável na qual o integral cumprimento do direito material dificilmente se realiza, uma vez que ambas tendem a abrir mão de parcela de seus interesses para viabilizar o acordo; segundo, a só possibilidade da provocação do aparato estatal pelo interessado, como um recurso em potencial, exerce um importante papel simbólico que inibe o descumprimento das regras de direito material; terceiro que “as decisões judiciais, mesmo quando versando sobre interesses atomizados, têm notória influência na implementação de políticas públicas contidas nos textos legais, exercendo importante papel na realização dos objetivos sociais neles contidos.”

Isso o anima à conclusão de que a “efetividade” do processo [*que aqui temos denominado de “eficiência”*]:

“não pode ser feita exclusivamente através de sua capacidade de decidir imperativamente, impondo suas decisões e confirmando o ordenamento positivo. Esse enfoque leva a afastar do direito processual importantes atributos que não estão ligados ao direito material e sua realização, mas são inerentes à própria prestação jurisdicional, realizando-se em seu *iter* procedimental e nas implicações secundárias para o sistema jurídico e social.”⁹²

Este autor sustenta que, levando em conta fatores que possam retratar a totalidade dos efeitos da tutela jurisdicional, pode-se separar dois grupos de argumentos indicadores de parâmetros para a avaliação da sua “efetividade”: os de *produção* e os de *qualidade*.

Os de *produção* avaliam qual mecanismo decisório “produz um determinado resultado com o menor dispêndio de recursos”, incorporando preocupações como o custo e duração do processo, “apontados para o objetivo de um processo mais rápido e mais barato”.

⁹² SALLES, Carlos Alberto de. *Processo Civil de Interesse Público*. In *Processo Civil e Interesse Público*. Carlos Alberto de Salles (coord.). São Paulo: Editora RT, 2003; pp. 39-77.

Já os argumentos de *qualidade* preocupam-se com os benefícios gerados por um dado mecanismo processual tendo em vista uma situação concreta e os múltiplos interesses envolvidos, envolvendo fatores como o aumento da satisfação das partes, o encorajamento de um restabelecimento amigável de relações entre as partes, a compatibilidade deste processo com as normas sociais, sua aptidão para conduzir a uma maior obediência ou a gerar precedentes mais úteis, e assim por diante⁹³.

Baseado nesta premissa, ele conclui:

“A efetividade da tutela jurisdicional, portanto, há de ser aferida levando em conta, também, outros elementos, como a capacidade do órgão jurisdicional em conhecer corretamente os fatos apresentados, de mediar e conciliar posições conflitantes, de perceber a verdadeira necessidade das partes e responder às suas expectativas pessoais, de considerar todo o conjunto de argumentos aduzidos, de incentivar condutas positivas das partes (em relação à instrução probatória e à execução do julgado), e de considerar as repercussões finais da decisão produzida (em relação aos sujeitos diretamente envolvidos e também à sociedade), entre outros fatores que dimensionam a totalidade dos resultados a serem produzidos pela prestação jurisdicional. A consideração da efetividade da tutela jurisdicional, como foi visto antes, impõe a formulação de um juízo sobre a adequação do procedimento e do provimento jurisdicional a uma determinada situação de fato, tomando em consideração não só seus objetivos imediatos (prestação de tutela à parte reclamante), mas também àqueles mediatos (relacionados com os valores e objetivos do ordenamento jurídico), o que apenas seria factível a partir de uma visão externa do processo, isto é, não restrita a seus próprios pressupostos. Em rápida síntese, o conceito de efetividade implica uma consideração de meios e fins, podendo ter-se como efetivo aquele processo que atinge as finalidades a que se destina, considerando o conjunto de objetivos implícitos no direito material e a totalidade da repercussão da atividade jurisdicional sobre dada situação de fato.”⁹⁴

Endossamos parcialmente a mesma perspectiva, *cum granu salis*. Não se nega que o juiz deve levar em consideração toda a gama de interesses envolvidos ao julgar a controvérsia concreta e não apenas os interesses das partes. Decerto que ele deve levar em conta os objetivos *mediatos* do processo, relacionados com os valores e objetivos do ordenamento jurídico. Contudo, o juiz já faz isso quando aprecia o caso pela via do direito material, porque certamente ele deve apreciar a controvérsia à luz de todos os valores

⁹³ Idem. A enumeração destes fatores é transcrição de Marc Galanter, com tradução do autor da obra original.

⁹⁴ Idem, p. 51.

envolvidos no ordenamento jurídico, sendo que o interesse das partes só deve ser atendido se satisfizer esses valores.

Isso é inerente à confrontação dos fatos com o ordenamento jurídico, ou ao julgamento do caso pelas normas do direito material. Nesta medida aceitamos a consideração de que a eficiência deve ser buscada por uma visão externa ao processo, sem prejuízo de que há interesses do direito material que influem em direitos e deveres no processo, como a vedação à consideração de provas obtidas por meios ilícitos, que configura limitação à *qualidade* da decisão, ficando a parte privada da prova obtida e da sua influência na configuração dos fatos por uma norma do sistema de desestimular a ilicitude.

A propósito dos efeitos secundários das decisões judiciais, é certo que o juiz normalmente não dispõe de toda uma estrutura burocrática para proceder a amplas investigações dos efeitos sociais da sua decisão. Diante de si há duas partes envolvidas em um litígio com interesses contraditórios e alegações contrárias, ainda quando uma delas seja a coletividade em geral e o seu interesse difuso ou coletivo, litigando em torno de um objeto delimitado. Mesmo assim, ainda que inseguro ou desprovido de todo o complexo de informações que desejaria ter, o juiz tem de julgar a controvérsia, sendo-lhe vedado proferir o *non liquet*⁹⁵. A precariedade de informações não obsta o dever de proferir uma decisão.

Todavia, numa ação individual, cuja pretensão pode ser repetida à exaustão⁹⁶, o mínimo que o juiz deve sempre se fazer é a seguinte pergunta: “será que eu concederia o mesmo pedido para todos os que apresentassem o mesmo fundamento e pedissem? Será que, se todos os cidadãos pedirem a mesma coisa, a resposta pela procedência sempre seria mantida?”

⁹⁵ Nos termos do art. 126 do CPC, “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.”

⁹⁶ Como o pedido de matrícula em instituição de ensino sem o pagamento de mensalidades anteriores, aquisição de medicamentos contra o Estado, revisão dos critérios de cálculo de benefício previdenciário, condenação a prestar um tratamento por seguradora de saúde, revisão de critérios de juros e correção de dívidas bancárias, etc.

Essa reflexão é fundamental para analisar os efeitos secundários da decisão, ou os interesses e valores objetivos do ordenamento jurídico que transcendem o das partes envolvidas naquele específico litígio. Isso porque determinadas decisões, devido ao seu *efeito multiplicador*, podem até levar à falência do réu, ou à insolvabilidade de todo um sistema. Esses fatores podem e devem ser levados em consideração para decidir a causa porque subjacentes ao âmbito do direito material, a ser analisado em toda a sua globalidade, sob perspectiva holística.

Uma decisão que nega a efetivação de um direito previsto em lei com base nos efeitos sociais nefastos que a sua concessão em massa pode implicar encontra suporte no princípio constitucional da eficiência, desde que essa possibilidade tenha alto grau de probabilidade de ocorrer e seja baseada em razoável suporte probatório. Os direitos não existem isolados, eles se contemporizam num sistema harmônico. A concessão isolada de um direito, sem qualquer consideração ao sistema, pode implicar a negação a inúmeros outros direitos fundamentais da mesma espécie ou não. Nesse sentido concordamos com a perspectiva de Salles de que o processo deve levar em consideração interesses exógenos.

Pensem no direito à acessibilidade de pessoas portadoras de necessidades especiais às ruas e avenidas do centro da cidade de São Paulo. O custo de uma total reformulação praticamente exigiria a derrubada de todos os imóveis, com um custo social e econômico extratosférico, tanto para pagar as desapropriações como para suportar o caos do trânsito que seria gerado pelas obras infundáveis. Pode-se até exigir modificações pontuais, cujo benefício seja evidente ao atendimento dos interesses deste público, mas não dá para conceber uma verdadeira revolução urbanística sem que a cidade parasse ao longo de anos, com o sacrifício de recursos indispensáveis para o atendimento de outras demandas sociais (como saúde, educação, alimentação, moradia, etc.). Recebendo uma ação civil pública com tal pedido, o juiz não só pode como deve levar estes fatores em consideração, porque a proteção à pessoa portadora de necessidades especiais é relevante para a Constituição, mas não é o único interesse ou valor a ser protegido e promovido.

Portanto, esses interesses exógenos já serão objeto de consideração pelo juiz quando da análise do direito material aplicável. Por isso, nossa visão de argumentos de qualidade na eficiência é mais restrita, circunscrita ao âmbito do litígio e do pedido. A qualidade da decisão não está na maior satisfação pessoal do usuário *em perspectiva íntima*, mas sim na maior ou menor reflexão do juízo quanto a todos os aspectos de fato e de direito que o caso suscita.

A tarefa de cada juiz é produzir uma decisão suficientemente refletida sobre a lide posta ao seu julgamento, sendo que, ao exercer com o devido denodo o seu mister profissional, estará o mais próximo possível do nível de satisfação que as partes podem esperar. A qualidade da decisão só virá se o juiz analisar todos os aspectos de fato e de direito envolvidos na causa, rebatendo ou acolhendo as alegações das partes, mas enfrentando-as especificamente, sem rodeios ou tergiversações. Isso deve ser feito à luz da lei e da jurisprudência dominante, sendo de todo conveniente que os juizes sejam obrigados a realizar cursos de aperfeiçoamento continuados, com enfoque no posicionamento dos tribunais sobre os temas do seu dia-a-dia, podendo o nível de aproveitamento ser usado para promoções por merecimento. Isso é o máximo de qualidade que se pode ter: juízes estudiosos e conscientes da matéria de direito e, além disso, sempre comprometido com os detalhes do caso.

Em suma, quer-se também julgamento do pedido de forma ágil, efetiva, que promova estabilidade e não seja custosa, fazendo tudo isso com ampla reflexão dos aspectos de fato e de direito relevantes para a causa. Não se espera do juiz que descubra sempre a verdade dos fatos, mas que defira a realização apenas das provas imprescindíveis, evitando tempo e gastos inúteis, bem como dê a devida atenção ao seu resultado. Aqui é que se agrega qualidade e produtividade

Ninguém pode com certeza assegurar que o juiz julgou mal um caso só por ter adotado uma posição “A” ou “B”, uma vez que discordar é da essência do Direito, que aprecia a vida humana; mas se pode dizer que o juiz julgou mal quando não levou em consideração aspectos de fato e de prova relevantes para a causa e alegados pelas partes, ou quando sequer faz menção à jurisprudência ou à doutrina dominantes para julgar a causa.

O máximo de qualidade que podemos exigir de uma decisão é que todos os aspectos de fato e de direito relevantes para a causa sejam devidamente analisados e refletidos para compor a decisão judicial. Isso só pode ser obtido com uma profunda e continuada qualificação técnica de juízes e servidores, que deveriam fazer cursos obrigatórios de discussão e atualização de posições jurisprudenciais, tanto do Tribunal a que estão vinculados como dos Tribunais Superiores⁹⁷.

Desse modo, o juiz pode e deve analisar os efeitos de uma decisão no âmbito macroscópico, tanto pela possibilidade de se ter um efeito multiplicador ou conseqüências colaterais socialmente nefastas, de modo que a concessão de direitos pelo processo pode ser limitada em prol de bens, valores ou interesses coletivos.

Todavia, é preciso deixar claro que o sistema estatal de tutela jurisdicional não se presta a resolver todos os problemas existenciais das vidas das pessoas, como se fosse panacéia para todos os conflitos sociais; por isso, parece temerário asseverar que ele deve transcender os fatores endógenos e *“perceber a verdadeira necessidade das partes e responder às suas expectativas pessoais”*.

O processo não pode ser meio para investigar e tentar solucionar todas as crises psicológicas, sociais, culturais e econômicas das partes envolvidas, porque certamente não daria conta de promover tamanho assistencialismo social; mais apropriado a tal vocação, também com diversas limitações, está o Poder Executivo⁹⁸.

⁹⁷ Isso poderia ser feito em horário de expediente, com custeio do erário. O custo disso é ínfimo perto dos ganhos que se teria com celeridade, permitindo decisões rápidas sobre temas que o juiz não decide porque tem dúvidas; evitaria os transtornos gerados às partes pela reviravolta e reformas de decisões, que às vezes já surtiram efeitos de fato e impõe o custos retorno ao status quo ante, com prejuízo à estabilidade das relações jurídicas subjacentes. A rigor, não é custo; é investimento. Deixa-se de aprofundar esta consideração porque ela se insere no rol de medidas administrativas que devem ser tomadas para promover o princípio da eficiência no Poder Judiciário e refogem ao âmbito da eficiência exclusivamente por categorias internas do processo, ao qual este trabalho de pesquisa se restringe.

⁹⁸ Mesmo assim, já se tornou fato notório que nem o Poder Executivo consegue realizar a contento a sua tarefa de promover todos os direito sociais albergados pela Constituição, assim como o Poder Judiciário não dá resposta satisfatória à sua atividade típica, de julgar a tempo razoável e com efetividade social da decisão.

Sabe-se que muitas vezes uma parte move ação em face da outra com pedidos e fundamentos patrimoniais apenas porque há uma relação afetiva dilacerada entre ambas. Nem se quer tanto o que se pede, ou o objeto mediato do pedido, como se quer que a outra parte sofra pelo processo. Esse desejo de vingança pode ser o móvel do autor, mas não se pode indeferir sua pretensão patrimonial, desde que legítima, ainda que a relação afetiva entre as mesmas partes venha a se tornar mais beligerante ainda.

Por esse e outros motivos, como o aumento no grau de conformidade das partes e sua disposição para o cumprimento voluntário das decisões, sobressai de todo conveniente que o sistema seja aparelhado para incentivar e promover mediações e conciliações, com o maior êxito possível; mas, fique claro, caso tais tratativas resem infrutíferas, não caberá ao sistema estatal de tutela jurisdicional insistir em investidas psicológicas para resolver o conflito. Ele deve apreciar e julgar a lide nos moldes em que deduzida, adjudicando o bem patrimonial da vida ao autor se ele tiver razão conforme as regras de direito material. Pode ser que, consumada e bem sucedida a vingança pessoal, a satisfação interna do autor não seja a que ele imaginara, nem preencha outras lacunas no seu interior, mas isso já não é problema da Justiça e sim das limitações e eventual mesquinhez da alma humana de que padecem as partes litigantes.

Aqui está o cerne da nossa reserva: parece-nos excessivamente abrangente e fora dos propósitos do sistema judiciário uma abordagem do processo que se preocupa com todos os múltiplos aspectos da vida dos litigantes, com todos os “efeitos secundários da decisão”, além dos bens, interesses e valores disputados concretamente num litígio. Não temos tanto entusiasmo na capacidade do sistema estatal de justiça, seja o ele qual for, de resolver todas as mazelas que afligem as partes, atendendo intimamente seus anseios. Por isso, parece de todo prudente contentar-se com os limites do litígio.

Prosseguindo com o raciocínio de Carlos Alberto Salles, ele afirma:

“A identificação dessas finalidades, portanto, como acima mencionado, não pode ser buscada endogenamente no processo, a partir de fins localizados nos seus próprios institutos, mas sim nos resultados aos quais está vocacionado. As finalidades endógenas do processo, que respondem àqueles argumentos chamados de produção, ganharão o seu sentido quando conjugadas com objetivos mais amplos, identificados na

consideração ampla do sistema jurisdicional, como um mecanismo de produção de decisões sociais. A questão da efetividade deve ser vista a partir de uma consideração sistemática do processo, com o cruzamento de fatores endógenos e exógenos ao sistema processual, de forma a permitir uma consideração dos argumentos de produção e de qualidade. Não há como pensar-se, por exemplo, em uma limitação de custos sem considerar seus efeitos de acarretar eventual redução de meios probatórios ou em uma diminuição da duração do processo sem levar em conta possível sacrifício do contraditório. De igual maneira, não há como cogitar de uma maior coercitividade das ordens judiciais sem considerar eventuais efeitos danosos que elas possam produzir, como a impossibilidade de reversão de uma decisão equivocada, de prejuízo à liberdade das partes envolvidas, ou ainda de comprometimento a uma adequada divisão de poderes do Estado. A questão da efetividade, nessa medida, coloca-se sob uma perspectiva de maior abrangência, a qual conduz à consideração de um dado mecanismo processual a partir de suas múltiplas finalidades, analisando suas implicações imediatas e mediatas. Além da assim chamada “realização do direito material”, a atividade jurisdicional deve estar voltada para o atendimento de objetivos sociais mais amplos, relacionados com os direitos demandados e outros que, na maior parte das vezes, podem a eles transcender⁹⁹”

Neste ponto ele segue na mesma linha do que anteriormente transcrito, razão pela qual continuamos concordando com ressalvas. Seguindo seu raciocínio, ele sustenta que não é possível pensar numa limitação de custos sem considerar a eventual redução de meios probatórios. De fato, se isso ocorrer, pode-se pensar até ponto a redução da possibilidade de produzir a prova pode ser sacrificada em contraposição com a redução de custos envolvida.

Este tema é pertinente para os limites do princípio da eficiência. Diz respeito ao sacrifício de um possível direito porque os custos econômicos da descoberta da verdade real, dentro do processo, mostram-se extravagantes. Põe-se o direito à tutela jurisdicional, de um lado, em contrapartida com o custo econômico da sua prestação pelo Estado, de outro. Neste trabalho, contudo, não exploraremos este ponto porque a redução de custos se insere no âmbito das medidas administrativas relativas ao princípio da eficiência, ainda que todas elas tenham projeção no âmbito do processo, como é o caso da informatização. Só que este trabalho está focado na promoção da eficiência exclusivamente pelo processo civil e não em práticas de administração pública, ainda que tenham reflexo em direitos processuais.

⁹⁹ Idem, pp. 51-52.

Como a questão foi exposta, apenas deixamos consignada nossa posição de que há a possibilidade do sacrifício ou não promoção de direitos materiais pela via processual quando justificada por custos impeditivos.

Imagine-se que alguém litigando por R\$ 50,00 (cinquenta reais) e queira produzir uma prova pericial cujo custo seja de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), necessária para o deslinde da causa. Se as partes forem plenamente capazes e o direito disponível, devendo o custo ser arcado por qualquer delas, então elas que avaliem se querem ou não produzir a prova, podendo-se aplicar as regras de distribuição do ônus probatório caso a mesma não seja produzida. Todavia, se a parte interessada for beneficiária da Justiça Gratuita e requerer a produção da prova às custas do erário, será lícito recusar o pedido, uma vez que o direito constitucional de inafastabilidade de acesso ao Poder Judiciário não é absoluto e não se pode levá-lo ao extremo de secar as finanças do Estado para a tutela de direitos patrimoniais privados de valor absurdamente inferior ao gasto público para o mero acerto do eventual direito.

Assim como o Estado pode recusar tratamentos médicos extremamente caros que beneficiem uma única pessoa e estejam completamente fora dos padrões financeiros de atendimento do SUS, parece razoável possa nesse caso negar a produção de uma prova no âmbito da prestação jurisdicional.

Ou seja, rejeita-se o argumento de que os direitos devem ser protegidos pelo Poder Judiciário a qualquer custo, uma vez que o custo empregado pode suprimir ou restringir a proteção de outros tantos direitos da coletividade que poderiam ser atendidos com a mesma verba. É a realidade dura, nua e crua: os recursos econômicos são escassos; nem tudo e nem todos podem ser satisfatoriamente contemplados. Se as disponibilidades materiais são limitadas, soa plausível que algo possa ser sacrificado.

De qualquer modo, voltamos ao ponto central deste trabalho, gizando que a promoção da eficiência não depende necessariamente de sacrifícios ao contraditório, à

ampla defesa ou à qualidade da decisão judicial. Embora a ampliação de recursos humanos e materiais, sua melhor qualificação ou emprego sejam essenciais neste sentido, muito pode ser feito apenas com a ferramenta para prestar a tutela jurisdicional: o processo. Vários exemplos disso podem ser colhidos nos capítulos seguintes deste trabalho, quando apresentaremos exemplos de promoção do princípio da eficiência.

Quanto ao grau de coercitividade das decisões judiciais (que aqui temos tratado como inerente à efetividade), realmente pode haver ponderações sobre uma ingerência excessiva nos Poderes Executivo e Legislativo, ou os riscos de se efetivar uma decisão absurda, equivocada, em caráter irreversível. Entretanto, trata-se de risco inerente a qualquer atividade humana. O melhor cirurgião do mundo em sua especialidade pode um dia errar; o melhor time pode perder num jogo; os melhores cientistas não podem impedir que, vez por outra, um foguete venha a explodir. Nem por isso deixaremos de operar, apostar no melhor time ou recusar crédito à ciência aeroespacial. O erro, a patologia, o imponderável, fazem parte do universo humano; não haveria razão para ser diferente com o Poder Judiciário. É preferível contar com episódicos erros da magistratura do que não contar com nenhuma, deixando toda a atividade humana ao desabrigo de qualquer sistema estatal de proteção de direitos. Os abusos a direitos seriam certamente maiores¹⁰⁰.

A cláusula de separação entre os poderes não pode ser óbice à efetivação de decisões judiciais, uma vez que se presume tenha sido ponderada pelo juiz antes de decidir se determina ou não alguma obrigação de fazer, não fazer, pagar ou entregar coisa; proferida a determinada, fica superada tal invocação, de modo que a determinação judicial deve ser cumprida; admitida a sua livre desobediência pelos demais poderes, decisão judicial passará a ser mera recomendação. E como vivemos num Estado de Direito, decisão judicial deve ser cumprida, sem prejuízo da viabilidade de se mudar a Constituição para criar mecanismos legítimos de contenção de decisões judiciais, com base em critérios previamente fixados e tanto quanto possível objetivos.

¹⁰⁰ Situações patológicas de erro judiciário, decorrentes de insanidade mental ou corrupção do magistrado, podem e devem ser corrigidas pelo sistema recursal com a máxima velocidade, pela atribuição de efeito suspensivo ao recurso cabível, ou mesmo por mandado de segurança ou medida cautelar, sem prejuízo de que sejam tomadas as medidas administrativas cabíveis para afastar ou expurgar o magistrado das suas funções judicantes.

No atual quadro do direito brasileiro, é o Poder Judiciário quem define se uma medida viola ou não a separação entre os poderes e se deve ou não ser cumprida pelos demais ou se esse tipo de alegação serve como excludente para qualquer responsabilidade. Pode-se até questionar essa supremacia judiciária e aventar alteração da Constituição para a criação de mecanismos de contenção às decisões do Poder Judiciário, que conte com a participação dos demais poderes, mas não se pode negar efetividade a decisões contra o Estado pelo receio abstrato de que tais decisões possam ferir a separação entre os poderes. Ressalte-se que a Fazenda Pública conta não só com um amplo espectro recursal e o tradicional conservadorismo do Poder Judiciário na efetivação de políticas públicas, mas tem também o ágil mecanismo da suspensão de segurança, com o qual pode se valer de argumentos aparentemente metajurídicos, relativos ao bem comum, para obstar a eficácia imediata de uma decisão judicial sujeita a recurso.

Quanto ao risco de se implementar uma decisão equivocada irreversível, com danos à parte, é mesmo um risco sério e que merece toda a atenção da comunidade jurídica. Vez por outra tomamos conhecimento de casos que, sob a escusa de independência judicial, abrigam verdadeiras extorsões cometidas com a força do Poder Judiciário, de modo que se chega inclusive a cogitar de corrupção e medidas disciplinares contra os magistrados responsáveis.

Contudo – e a rigor, casos desse naipe sempre existiram e sempre existirão; melhor aturá-los episodicamente do que negar peremptoriamente qualquer poder geral de cautela aos juízes, fazendo com que a omissão do Estado em prover tutela adequada e tempestiva possa implicar o perecimento de direitos fundamentais. O que se pode fazer é criar e admitir mecanismos expedidos de obstrução de tais decisões, antes que possam ser implementadas, além de fomentar os mecanismos de repressão aos magistrados que profiram decisões evidentemente tresloucadas, quando outros interesses acudirem o seu ânimo além do dever de boa prestação da Justiça.

Se as partes pudessem deixar de cumprir uma decisão judicial porque, no seu entender, ela é absurda, o Poder Judiciário passará a proferir palpites e recomendações; nunca decisões. Negar coercitividade às decisões judiciais tomadas para implementação imediata é abrir uma chaga mortal no sistema estatal de tutela jurisdicional. Por outro lado, pelas vicissitudes da natureza humana, nada pode obstar, em caráter absoluto e eterno, decisões teratológicas de juízes corruptos ou insanos. É preciso confiar na magistratura, com a convicção de que esses casos são absolutamente excepcionais e pontuais, deixando o sistema processual aberto a prontas correções de decisões teratológicas que causem danos severos às partes. E mais, o CNJ precisa impor sua autoridade, como vem fazendo, para punir e expurgar da atividade os magistrados que assim procedem.

O principal anseio da sociedade não é que a Justiça seja panacéia de todos os males, mas que seja rápida, efetiva (= real utilidade quando provocada), proporcione estabilidade nas decisões e previsibilidade no comportamento das partes, bem como faça isso com o menor custo material e humano possível. Desse modo, embora compreendendo as razões que levam à busca de uma visão “mais abrangente” da “efetividade” do Poder Judiciário, na linha do propugnado por Salles, pareceu-nos mais produtivo estudar o princípio da eficiência confinado ao processo, exclusivamente focado na promoção desses valores que o compõem. Esta empreitada já é grandiosa o suficiente para abriremos o leque do estudo da eficiência sob outras perspectivas.

De qualquer sorte, o Poder Judiciário não tem estrutura e nem aptidão para resolver outros problemas sociais ou individuais que ultrapassem os limites dos conflitos que lhe são submetidos, muito embora, no julgamento de cada conflito em particular, pode e deve levar em consideração todas as nuances do direito material, nisso incluindo “*o atendimento a objetivos sociais mais amplos*”, julgando cada caso com todo o sistema jurídico e não pela letra isolada de uma disposição legislativa qualquer.

Decerto que a eficiência pode ser medida tanto em termos da sua *capacidade produtiva* como da *qualidade da produção*, mas essa qualidade não é tanto resultante de considerações de “interesses exógenos” ao processo – sem perder a perspectiva de que todos os interesses conectados ao objeto da causa devem ser levados em consideração numa

análise sistemática do direito material. Qualidade da decisão será decorrente de uma análise minuciosa e bem fundamentada de todos os aspectos relevantes de fato e de direito para o deslinde da causa, obtida por um juiz (i) compromissado na sua análise e reflexão e (ii) bem entrosado com a legislação e a jurisprudência dos tribunais aplicável ao caso.

5.5 As relações internas entre os valores componentes do princípio da eficiência: celeridade vs. segurança.

O princípio da eficiência exige que haja uma harmonia interna entre os valores que o compõem, sem prejuízo da harmonia externa que deverá haver entre este princípio e as demais regras e princípios componentes do sistema jurídico. As relações entre o princípio da eficiência e as regras e outros princípios do sistema processual serão discutidas ainda neste capítulo, mais à frente. Aqui discutiremos, em considerações gerais, sem um caso específico, a harmonia *interna* entre os valores do princípio da eficiência.

José Roberto dos Santos Bedaque teceu as seguintes considerações sobre o tema:

“Processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona à partes o resultado desejado pelo direito material. Pretende-se aprimorar o instrumento estatal destinado a fornecer a tutela jurisdicional. Mas constitui perigosa ilusão pensar que simplesmente conferir-lhe celeridade é suficiente para alcançar a tão almejada efetividade. Não se nega a necessidade de reduzir a demora, mas não se pode fazê-lo em detrimento do mínimo de segurança, valor também essencial ao processo justo. Em princípio, não há efetividade sem contraditório e ampla defesa. A celeridade é apenas mais uma das garantias que compõe a idéia do devido processo legal, não a única. A morosidade excessiva não pode servir de desculpa para o sacrifício de valores também fundamentais, pois ligados à segurança do processo.”¹⁰¹

¹⁰¹ Idem, p. 49. Saliente-se que o autor já via a celeridade como garantia componente do devido processo legal. Esta passagem é relevante porque espelha o mesmo pensamento defendido neste trabalho, só que com imensa divergência terminológica. O que este autor denomina de “processo efetivo” representa, neste trabalho, apenas uma relação de adequada harmonia entre dois valores componentes do princípio da eficiência, a segurança e a celeridade. Concordamos que deve haver um equilíbrio entre esses dois valores e que a celeridade não deve sacrificar um mínimo de segurança, nem implicar a negação de outros direitos fundamentais do processo. O que ele chama de “processo efetivo”, portanto, aqui significa apenas uma adequada aplicação do princípio da eficiência. Denominamos de “efetividade” o valor que faz com que o processo seja apto a produzir os resultados almejados pelo direito material independentemente dos meios utilizados para isso. Outros valores [rectius: outros princípios ou regras] é que vão limitar os meios utilizados para imprimir efetividade, no sentido em que empregamos o termo. Atenderia à efetividade, nessa perspectiva de máximo empenho à utilidade e concretização de um direito, se o réu fosse submetido a tortura para o

É preciso desmistificar a idéia de que a segurança e a celeridade são valores incompatíveis entre si, de modo que, quanto mais se aumenta a celeridade, perde-se o correspondente em segurança e vice-versa. Isso não está correto. Se pensarmos na segurança em termos de estabilidade da decisão e resolução definitiva do litígio, quanto mais rápida for proferida uma decisão, mais rápida estará estabilizada a decisão e resolvida pela vontade estatal aquela situação da vida, permitindo às partes e à sociedade, esta última pelos terceiros interessados em caráter jurídico ou não, assimilar a vitória ou a derrota no seu patrimônio e nas suas perspectivas de futuro¹⁰².

Se pensarmos na segurança em termos de pacificação social proporcionada pela estabilização, conviremos que a demora na solução leva a uma situação de ebulição social, estimulando que as pessoas busquem *justiça* pelas próprias mãos. Aqui também ingressa na relação o valor de *efetividade*. Se o Poder Judiciário não dá uma resposta firme às violações de direitos, as pessoas podem querer obter resposta por seus próprios meios. A impunidade civil abre espaço para a violência social¹⁰³.

adimplemento de uma obrigação, mas é evidente a impossibilidade constitucional de se valer desse método. A economia processual pode abreviar o caminho para a efetividade, acelerando e facilitando a satisfação do direito material, ou servir como freio para a efetividade, porque os custos econômicos do processo tornam inviável a satisfação de um direito subjetivo, individual ou coletivo. Essa relação entre a análise econômica do Direito e a efetividade do processo será tratada em tópico específico.

¹⁰² Nesse sentido obra clássica da teoria geral do processo na ciência jurídica brasileira: “A indefinição de situações das pessoas perante outras, perante os bens pretendidos e perante o próprio direito é sempre motivo de agustia e tensão individual e social.”; “(...)o tempo é inimigo da efetividade da função pacificadora. A permanência de situações indefinidas constitui, como já foi dito, fator de angústia e infelicidade pessoal. O ideal seria a pronta solução dos conflitos, tão logo apresentados ao juiz. Mas como isso não é possível, eis aí a demora na solução dos conflitos como causa de enfraquecimento do sistema.” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, pp. 24-29.)

¹⁰³ Esta é a perspicaz conclusão do autor português Antonio Santos Abrantes Geraldês, verbis: “Os objectivos da justiça e da celeridade são válidos independentemente de as questões que devam ser decididas serem de natureza criminal, administrativa, laboral ou civil. De facto, a experiência demonstra que a falta de resolução oportuna de certas questões é susceptível de gerar múltiplos conflitos de igual ou de diferente natureza, sendo elucidativos os sinais de insatisfação derivados da falta de reação eficaz ou da falta de lentidão de procedimentos em relação a ilícitos de natureza penal. Mas parece igualmente inequívoco que, dispensando outras justificações para além das emergentes da experiência comum, que o arrastamento de litígios cíveis também pode despoletar comportamentos ilícitos de diversa natureza por parte daqueles que, vendo a razão do seu lado, não conseguem obter, em tempo oportuno, a adequada resposta dos tribunais, devido à natural ou anormal morosidade dos processos, à adopção de práticas dilatórias ou entorpecentes do desenvolvimento da instância, à ineficiência do sistema, às falhas de organização judiciária ou ao deficiente apetrechamento técnico ou profissional. (...) Assim, o arrastamento irrazoável dos processos cíveis pode suscitar, compreensivelmente, ainda que de forma ilegítima, reacções violadoras de preceitos de natureza criminal, pois quando estão em causa interesses que os respectivos titulares consideram fundamentais (propriedade, família, saúde e honra) não é fácil exigir-lhes obediência a critérios de pura racionalidade, sobretudo quando

Se considerarmos a segurança em termos de qualidade da decisão, assim considerada como aperfeiçoamento no ato de distribuição da justiça¹⁰⁴, a celeridade só irá sacrificar a segurança – assim considerada – se sacrificar outros direitos fundamentais das partes, como a garantia do contraditório e da ampla defesa. Salvo situações excepcionalíssimas, que possam comprometer a efetividade do processo e lesar irreparavelmente o direito material em jogo, como veremos mais à frente, não se admite que a celeridade possa justificar o atropelo de outras garantias constitucionais dos litigantes.

Contudo, nem sempre a demora é garantia de uma decisão mais justa, mais sábia, mais refletida ou tecnicamente adequada. É bem possível que um processo passe mais de 05 (cinco) anos aguardando o julgamento de um recurso e que, ao julgá-lo, o tribunal não dê a devida consideração a certas provas dos autos, ou às alegações desenvolvidas pelas partes. Esse processo terá demorado demais sem qualquer benefício em termos de segurança na perspectiva de uma decisão mais justa. Aliás, em qualquer situação de “tempo morto” do processo¹⁰⁵, perde-se em celeridade e segurança.

Segurança no processo não significa vinculação da decisão com o valor justiça ou sua adequação à técnica jurídica, assim compreendida a decisão conforme à lei, ou que acompanha a doutrina e a jurisprudência dominantes. Mesmo nesse sentido, a segurança só será possível se houver efetividade e celeridade da decisão, cuja demora não pode ultrapassar o mínimo de tempo necessário para a satisfação de outras garantias constitucionais do processo¹⁰⁶.

se verifica a falta de resposta eficaz dos tribunais a que tenham recorrido desejosos de verem decididas as suas pretensões. O decurso inexorável do tempo agrava o risco de actuações dominadas pelos sentimentos mais primários, com graves prejuízos para a segurança pública.”(GERALDES, Antonio Santos Abrantes. *Temas da Reforma do Processo Civil*. 3ª ed. Vol. III – procedimento cautelar comum. Coimbra: Editora Almedina, 2004; p. 21/22).

¹⁰⁴ Em sentido diverso do tratado neste trabalho, mas corrente na doutrina.

¹⁰⁵ A expressão “tempo morto do processo” refere-se ao tempo em que o processo fica parado nos escaninhos de cartório judiciário, sem que qualquer ato ou diligência seja praticado. Seu andamento fica obstado sem qualquer razão ou benefício para isso.

¹⁰⁶ Em minha experiência profissional, ouvi interessante relato de um Juiz Federal de Guarulhos, acostumado a lidar com processos de tráfico internacional de entorpecentes de mulas do aeroporto, que esses réus, presos, querem que a sentença seja proferida o mais rápido possível e isso por duas razões: a) primeiro, para facilitar a postulação de benefícios da execução criminal; b) segundo, para poderem ter alguma expectativa de futuro na vida, programando o tempo que ainda ficarão encarcerados e os planos que podem fazer para o dia em que

Em síntese, queremos fulminar a visão de que a celeridade põe-se em relação de contraposição, mútua exclusão ou proporcionalidade inversa com a qualidade das decisões judiciais. Um mínimo de vivência empírica demonstra que o processo não costuma demorar pelos prazos legalmente deferidos às partes, mas sim pelo tempo morto para a prática de atos cartorários, pela prática de atos inúteis ou pelo aguardo de uma audiência, perícia ou decisão; por sua vez, há decisões que demoram anos e, quando vêm a ser prolatadas, são claramente mal fundamentadas, omitindo questões de fato ou de direito relevantes para a causa, ou – o que é pior – abordando questões de fato e de direito que sequer fazem parte da causa como razões de decidir.

6. Potencialidade das aplicações práticas do princípio da eficiência.

6.1 A abertura normativa leva a uma infinidade de possibilidades

O princípio traz um fim, um valor a atingir, mas não predispõe rigidamente os meios e modos a atingi-lo. Cada nova situação da vida poderá ensejar um comportamento diferente, compatível com o princípio da eficiência. As múltiplas vicissitudes do processo implicarão variadas formas, meios e modos de realizar em concreto o valor de eficiência nessa atividade. Justamente por conta da sua natureza normativa volúvel e flexível, que se deve contemporizar com os outros princípios e as demais regras contidas no sistema processual, as possibilidades de aplicação prática do princípio da eficiência são infinitas¹⁰⁷.

Se a raiz normativa do princípio da eficiência repousa na Constituição Federal (art. 37, caput), então toda a leitura que se faz do processo civil deve ser filtrada e

forem libertados. Esta perspectiva mostra que o direito à razoável duração do processo, mesmo no processo penal, também pode relevar um interesse do réu e, além disso, há uma relação intrínseca entre a rápida duração do julgamento e a estabilidade na vida das partes e da sociedade.

¹⁰⁷ Nesta senda, podemos tratar da eficiência no modo como se administra o Poder Judiciário, ou do tanto que se investe no Poder Judiciário, seja na informatização do processo ou na qualificação técnica de juizes e servidores. Estas perspectivas, contudo, fogem do tema do nosso trabalho. Ficamos concentrados nas implicações do princípio da eficiência no âmbito da dogmática do processo civil, para quem cria e constrói o processo que diariamente é aplicado na praxe forense: o legislador, os juizes e as partes.

refinada sob esse aspecto de *eficiência*, mormente quando a sua ausência é a mais dolorosa para a sociedade moderna.

O princípio da eficiência impõe um dever aos operadores do direito processual: a atividade que desenvolvem deve ser o mais célere possível, deve primar pela economicidade de custos e de esforços, deve ser efetiva em tutelar o direito da parte e deve proporcionar segurança jurídica às partes e à sociedade. Há uma finalidade a ser atingida; há um estado de coisas a ser promovido. Toda a aplicação do direito processual civil deve ser filtrada pela perspectiva de cumprimento desse dever. Cada decisão judicial só se legitimará constitucionalmente se estiver de acordo com esse dever, exigindo reflexão constante sobre a sua aplicação¹⁰⁸.

A própria lei, se criar objeções injustificadas à plena realização desse dever, será inválida por inconstitucionalidade, porque cabe ao legislador, como primeiro intérprete da Constituição, o dever de expandir sua força normativa pela via da concretização legal.

Disso decorrem conclusões importantíssimas: a) será incompatível com a Constituição Federal qualquer texto de lei que atente contra a eficiência na entrega da prestação jurisdicional, podendo isso ocorrer em caráter abstrato ou diante de uma situação concreta; b) a jurisprudência deve consolidar posições que estimulem as partes ao dever de lealdade e ao cumprimento espontâneo das decisões judiciais; c) dentre duas interpretações da legislação processual igualmente possíveis, deve ser privilegiada aquela que mais atenda ao princípio da eficiência; d) é possível modificar a sistemática prática do processo civil em vários aspectos sem qualquer alteração legislativa, com supedâneo no princípio constitucional da eficiência; f) devem ser adotadas soluções procedimentais e cartorárias de modo a conferir celeridade ao processo, sendo dilações processuais só são admissíveis se tutelarem outro valor admitido como digno de tutela pelo sistema jurídico; g) o processo só

¹⁰⁸ “a atuação dos órgãos encarregados de aplicar o direito deve se pautar pelo comprometimento na busca da solução mais célere para o caso levado a julgamento, pois a falta de cuidado com o tempo de duração para o julgamento de um processo acarreta ônus para as partes litigantes e isso contraria a legitimidade da função dos magistrados, que é o compromisso social.” (ZARIF, Cláudio Cintra. *Da necessidade de repensar o processo para que ele seja realmente efetivo*. In *Processo e Constituição, estudos em homenagem a José Carlos*

terá legitimidade se for apto a conferir às partes tutela efetiva, proporcionando real utilidade como instrumento destinado à resolução de problemas humanos relacionados a conflitos de interesses; nada valerá o processo se falhar nessa sua missão institucional; h) devem ser valorizados os mecanismos para conferir previsibilidade à atuação das partes e estabilidade ao resultado da atividade jurisdicional; i) a atividade processual deve ser orientada à máxima resolução de problemas humanos relacionados a conflitos de interesses com o mínimo possível de esforço da máquina judiciária; j) as restrições aos mecanismos processuais de acesso à jurisdição e de descoberta da verdade podem ser limitados pelo legislador, diante do custo dos direitos materiais envolvidos, se houver proporcionalidade da medida.

Vejamos estas proposições em detalhes.

6.2 A incompatibilidade constitucional de regras legais que atentam contra o princípio da eficiência.

Este item procura responder à reflexão sobre a possibilidade de o princípio constitucional da eficiência afastar a aplicação de regras processuais previstas em lei, seja na legislação codificada ou extravagante.

Já vimos que princípios são normas autônomas, que podem ser diretamente aplicados pelo intérprete sem mediação legislativa e que impõem aos seus destinatários um dever de otimização da realização prática do valor neles contido.

O princípio da eficiência tem estatura constitucional e não está posto isoladamente no art. 37, caput, da Constituição, estando na realidade incrustado em diversos dispositivos constitucionais (inseridos pelas Emendas Constitucionais n.º 19 e 20 de 1998), todos devotados a conferir maior eficiência à gestão da máquina burocrática administrativa do Estado, bem como à sua atuação, tendo o constituinte derivado igual preocupação com o Poder Judiciário, revelada pelo movimento político que inspirou a Emenda Constitucional n.º

Barbosa Moreira. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, coord. São Paulo: RT, 2006; p.

45/2004. É firme, portanto, a base constitucional sobre o qual se assenta. A legislação inferior só terá validade no sistema se for compatível com o princípio da eficiência, mais especificamente com os valores que encerra.

É inerente à atividade do legislador fazer escolhas. Isso vale para o direito material e vale também para o direito processual. Então, não se deve imaginar que ele está completamente engessado pelas normas constitucionais. Há um amplo espectro de liberdade à sua atuação. Todavia, quando o legislador sacrifica um princípio constitucional, como o princípio da eficiência, deve fazê-lo com suporte em outros valores, ou melhor, outros princípios ou outras regras que, à luz da Constituição, tenham importância superior ou equivalente.

Quer dizer, essa liberdade encontra balizas e limites no sistema constitucional e o sacrifício ao princípio da eficiência deve estar devidamente justificado pela proteção a outros valores do sistema. Quando o sacrifício não está devidamente justificado, em abstrato ou numa situação concreta, então perde o sentido. E o cumprimento de norma que impõe tamanho sacrifício sem uma vantagem de porte equivalente agride a Constituição. É como submeter-se a uma cirurgia de amputação tendo a perna sadia, ou ligeiramente machucada ou doente, quando se poderia saná-la por outro meio, pelo uso de um simples remédio, ou, ainda que não fosse disponível a cura, seria melhor conviver com o problema a admitir-se a amputação.

Mutatis mutandis, se o sacrifício imposto ao princípio da eficiência não tiver qualquer justificativa, ou a razão que lhe servir de suporte não for suficiente, prevalecerá o princípio da eficiência, por ter maior peso. Ou seja, regras legais poderão ser afastadas por atentarem de modo excessivo e não justificado, ou não *suficientemente* justificado, contra o princípio da eficiência¹⁰⁹.

140)

¹⁰⁹ Embora a doutrina que versa sobre o Direito Constitucional já esteja bastante amadurecida quanto a este ponto, a doutrina do Direito Processual Civil nutre um certo temor reverencial pelo legislador, como se fosse pecado recusar a aplicação de dispositivo legal com base em princípio genericamente posto na Constituição. Esquece-se, porém, que a generalidade é própria da estrutura deontica dos princípios e que a aplicação deles demanda um comportamento ativo dos intérpretes, principalmente daqueles investidos da autoridade estatal

Quando o Conselho Nacional de Justiça proibiu o nepotismo nas contratações para cargos em comissão no Poder Judiciário, fez isso com base no princípio da moralidade, previsto no caput do art. 37 da Constituição. Houve muita resistência, de alguns setores das bases do próprio Poder Judiciário, que reclamavam que o princípio, por si só, seria demasiadamente genérico e que não teria densidade jurídica suficiente para justificar a medida imposta, a qual dependeria de lei expressa. Por isso, resolveu a AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros ingressar no STF com uma Ação Declaratória de Constitucionalidade sobre o tema (ADC n.º 12).

Pois o STF não só declarou que a resolução antinepotismo do CNJ era constitucional, admitindo a incidência direta do princípio constitucional da moralidade, sem mediação legislativa, como também, pouco tempo depois, decidiu que a proibição do nepotismo não vale apenas para o Poder Judiciário, mas também se aplica para os demais Poderes e todos os órgãos e entidades públicas¹¹⁰.

Hoje em dia, considerado o atual estágio de evolução jurisprudencial, seria impensável conceber-se qualquer ato jurídico que permitisse o nepotismo; qualquer lei que o fizesse padeceria de invalidade por violação ao princípio da moralidade administrativa¹¹¹. Isso significa que as

para interpretarem oficialmente a vontade do Estado, ou seja, os juizes, no sentido de promoverem o valor que o princípio tutela. Esse comportamento traz em si o poder de veto a disposições legislativas que contrariem a Constituição.

¹¹⁰ Neste sentido a súmula vinculante n.º 13 da Corte: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública Direta e Indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.”

¹¹¹ Antes da criação do CNJ, em estudo sobre o princípio da moralidade, Emerson Garcia já sinalizava a trilha que poderia conduzir ao mesmo entendimento: “Aqueles que se opõem ao caráter normativo dos princípios normalmente acenam com sua maior abstração e com a ausência de indicação dos pressupostos fáticos que delimitarão a sua aplicação, o que denota uma diferença substancial em relação às normas, as quais veiculam prescrições dotadas de maior determinabilidade, permitindo a imediata identificação das situações, fáticas ou jurídicas, por elas reguladas(7). Em nosso entender, tais elementos não são aptos a estabelecer uma distinção profunda o suficiente para dissolver a relação de continência existente entre normas e princípios, figurando

regras legais ou atos administrativos, quando contrastam violentamente com um princípio constitucional sem qualquer justificativa em outro valor relevante do sistema, padecem de invalidade. O mesmo raciocínio vale para o princípio da eficiência dentro do processo civil.

6.2.1 A lei de colisão entre princípio de Robert Alexy

A fim de aprofundar o tema, nesse momento revela-se oportuno expor a lei de colisão entre princípios constante da obra de Robert Alexy, porque ela fornece as premissas dogmáticas necessárias para dar suporte ao afastamento de uma regra por um princípio¹¹². O que se propõe é a aplicação desta teoria ao processo civil, ainda que com algum temperamento.

Alexy trabalha com uma decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha sobre a admissibilidade de uma audiência oral contra um acusado que, devido à tensão que tal ato traz consigo, corre o perigo de sofrer um enfarto. O Tribunal constatou que em tais casos existe uma relação de tensão entre o dever do Estado de garantir uma aplicação adequada do direito penal e o interesse do acusado na salvaguarda de direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, a cuja proteção o Estado está igualmente obrigado pela Lei Fundamental.

estes como espécies daquelas. Inicialmente, deve-se dizer que o maior ou o menor grau de generalidade existente em duas normas, a exemplo do maior ou do menor campo de aplicação, é parâmetro incapaz de estabelecer diferenças de ordem ontológica entre as mesmas. Os princípios, a exemplo das regras, carregam consigo acentuado grau de imperatividade, exigindo a necessária conformação de qualquer conduta aos seus ditames, o que denota o seu caráter normativo. Sendo cogente a observância dos princípios, qualquer ato que deles destoe será inválido, consequência esta que representa a sanção para a inobservância de um padrão normativo cuja observância é obrigatória.” (GARCIA, Emerson. *A moralidade administrativa e sua densificação*. In Revista Jurídica Virtual, Brasília, vol. 3, n. 35, abril/2002; disponível em www.planalto.gov.br, acesso em 11.12.2009)

¹¹² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ernesto Garzón Valdés (trad.) Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002; pp. 90-95.

Ele aduz que esta relação de tensão não poderia ser solucionada no sentido de uma prioridade absoluta de um desses deveres do Estado, vale dizer, nenhum deles possuiria uma prioridade absoluta, ou uma relação de precedência incondicionada. Daí surge a necessidade de se fazer uma ponderação de qual desses interesses, abstratamente do mesmo nível, possui maior peso no caso concreto. Se esta ponderação dá como resultado que os interesses do acusado, que se opõem à intervenção estatal, têm no caso concreto um peso manifestamente maior que o daquele interesse a cuja preservação está dirigida a medida estatal, então a intervenção viola o princípio da proporcionalidade e, com isso, o direito fundamental do acusado que deriva do artigo 2.º, parágrafo 2.º, frase 1 da Lei Fundamental.

Alexy expõe que essa é uma situação de colisão entre princípios, que se dá quando se fala, de um lado, na obrigação de manter o maior grau possível de aplicação do direito penal, e de outro, na obrigação de afetar o menos possível a vida e a integridade física do acusado¹¹³.

O primeiro princípio, de respeito à vida e à integridade física, pode ser representado por P¹. O segundo princípio, de aplicação do direito penal, pode ser representado por P². A colisão de dois princípios P¹ e P², que podem ser outros princípios e não os do exemplo, traz quatro possibilidades: a) P¹ P P² (o princípio P¹ precede em caráter absoluto, incondicionalmente, ao princípio P²); b) P² P P¹ (o princípio P² precede em caráter absoluto, incondicionalmente, ao princípio P¹); c) (P¹ P P²) C (o princípio P¹ precede ao princípio P² debaixo das condições C); d) (P² P P¹) C (o princípio P² precede ao princípio P¹ debaixo das condições C).

Os mandamentos valem com respeito às possibilidades físicas e jurídicas existentes. Se existisse apenas o princípio da aplicação efetiva do

¹¹³ Idem. Ele afirma que as diferenças que existem são meramente terminológicas; não se fala de “colisão”, senão de um “campo de tensão” e de um “conflito”, ou aquilo que entra em colisão e sobre o que se deve ponderar não é designado como princípio, senão como “dever”, “direito fundamental”, “pretensão” e “interesse”.

direito penal, a audiência oral deveria ser determinada, ou ao menos permitida; se existisse tão só o princípio de proteção à vida e à integridade física, estaria proibida a realização da audiência oral. Tomados em si mesmos, os dois princípios levam a uma contradição. Porém, isto significa que cada um deles limita as possibilidades jurídicas do outro.

Alexy adverte que esta situação não é solucionada declarando que um dos princípios não é válido, sendo eliminado do sistema jurídico. Tampouco se soluciona introduzindo uma exceção em um dos princípios de forma tal que em todos os casos futuros este princípio tenha que ser considerado como uma regra satisfeita ou não. A solução da colisão consistirá em que, tendo em conta as circunstâncias do caso, estabelece-se entre os princípios uma *relação de precedência condicionada*. A determinação da relação de precedência condicionada consiste em que, tomando em conta o caso, indicam-se as condições debaixo das quais um princípio precede ao outro. Debaixo de outras condições, a relação de precedência pode ser solucionada inversamente¹¹⁴.

Esta é a lei de Alexy sustenta que a colisão entre princípios não se resolve do mesmo modo que uma colisão entre regras. Nesta, o conflito só poderia ser solucionado introduzindo em uma das regras uma cláusula de exceção, de modo que a regra afastada permaneceria válida, enquanto a regra aplicada passaria a constituir-lhe uma exceção; ou então por uma dimensão de validade, no qual uma das regras teria de ser considerada inválida¹¹⁵. Já numa colisão entre princípios, essa dimensão de validade não resolveria o problema, nem a possibilidade de se introduzir uma exceção a

¹¹⁴ Idem. Ele expõe que “La ponderación del Tribunal consiste, totalmente en el sentido de lo aquí presentado, en la mención de las condiciones de precedencia (C) y la fundamentación de la tesis de que bajo estas condiciones P¹ precede a P². La condición de precedencia de P¹ (es decir, del principio establecido en el artículo 2 párrafo 2 frase 1 LF) obtiene su formulación más general en la frase: “Si existe el peligro concreto, manifiesto, que el acusado en caso de llevarse a cabo la audiencia oral, pierda su vida, o experimente graves daños en su salud, entonces, la continuación del proceso lo lesiona en su derecho fundamental deçl artículo 2 párrafo 2 frase 1 LF.” (p. 93)

¹¹⁵ Idem, p. 88. Ele afirma que, considerando as regras “é proibido deixar a sala antes do sinal de saída” e “deve-se sair da sala quando tocar o alarme de incêndio”, elas conduzem a um juízo contraditório entre si, que fica resolvido pela exceção à primeira regra, no sentido de se poder sair da sala quando toca o alarme de incêndio.

um dos princípios, de tal forma que em todos os casos futuros um deles tenha de ser considerado como uma regra, satisfeita ou não. A colisão é resolvida numa dimensão de peso, que se avalia mediante a técnica da ponderação, presentes as circunstâncias do caso concreto.

A lei de colisão de Alexy é formulada nos seguintes termos:

“Se o princípio P^1 , sob as circunstâncias “C”, precede ao princípio P^2 : ($P^1 \succ P^2$) C, e se P^1 , debaixo destas circunstâncias, implica a consequência “R”, então vale uma regra que contém “C” como pressuposto de fato e a “R” como sua consequência jurídica: $C \rightarrow R$ ¹¹⁶.”

Observe-se que ele procura extrair uma regra dessa colisão, sem prejuízo de que, debaixo de outras circunstâncias de fato, chamemos de “S”, a relação de precedência possa ser diversa, com a precedência do princípio P^2 , que daria origem a outra consequência jurídica “T”, valendo então a regra se “S” $\rightarrow$ “T”.

Esta exposição foi relevante por dois motivos. Primeiro porque haverá situações em que o princípio da eficiência põe-se diretamente em choque com outros princípios de *status* constitucional. A solução desta colisão passará pela técnica da ponderação. Segundo porque a colisão entre regras processuais e o princípio da eficiência também deve ser resolvida pela lei da colisão, como veremos a seguir.

6.2.2 O contraste entre regras legais do processo e o princípio da eficiência

¹¹⁶ Idem, p. 94

O valor está presente tanto em regras como em princípios. Se os princípios trazem os valores para o âmbito deôntico, outorgando-lhes projeção normativa, as regras, por sua vez, são normas jurídicas criadas com base em valores, que concretizam para situações específicas, previamente definidas, valores tidos pelo constituinte ou pelo legislador como caros e dignos de proteção. Desse modo, há uma correlação entre princípios e regras: estas concretizam, com maior especificidade, o conteúdo daqueles. Por isso se diz que os princípios têm uma função normogenética, vez que criam as regras, sendo certo que o conflito que se estabelece entre uma regra e um princípio acaba sendo, em última análise, um conflito entre princípios. Ricardo Marcondes Martins, muito apropriadamente, asseverou¹¹⁷:

Toda regra jurídica é a concretização de um princípio jurídico¹¹⁸. Ela é posta visando a concretizar um valor que, por sua vez, está positivado num princípio expresso ou implícito. Essa assertiva é fundamental para compreensão do sistema jurídico: se uma regra sempre é a concretização de um valor, um conflito entre regras é, quase sempre, um conflito entre princípios. E, sendo assim, nem sempre a regra exige um cumprimento pleno, pois, efetuando a ponderação entre os princípios colidentes, a regra concretizadora do princípio menos pesado no caso concreto pode ser parcial ou totalmente afastada pela regra concretizadora do princípio mais pesado ou simplesmente afastada por este.¹¹⁹

¹¹⁷ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008; p. 30).

¹¹⁸ Nota do autor: “Essa conclusão decorre primeiro do esquema piramidal de densidade semântica proposto por CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, Parte IV, Título 1, Capítulo 3.C, p. 1137-1139; e também da teoria do círculo hermenêutico de LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 285-293, 452, 621 et seq. O sistema interno é obtido, na expressão de Canotilho (p. 1139), mediante um processo bi-unívoco de esclarecimento recíproco. Afirma Larenz: “É decisivo, por outro lado, que o pensamento não procede aqui ‘linearmente’, só num sentido, mas é sempre de sentido duplo: o princípio esclarece-se pelas suas concretizações e estas pela sua união perfeita com o princípio. A formação do ‘sistema interno’ ocorre através de um processo de esclarecimento recíproco’, que identificamos como estrutura hermenêutica fundamental do ‘processo do compreender’, em sentido estrito”. (p. 676).

¹¹⁹ Nota do autor: “Nesse sentido a conclusão de Carlos Roberto Siqueira Castro (*A Constituição e os Direitos Fundamentais: Ensaio sobre o Constitucionalismo Pós-moderno e Comunitário*, pp. 74-75.)”

Se uma regra posta na lei contrariar o princípio constitucional da eficiência, sua prevalência só será possível se o peso do princípio que ela concretiza for superior ao peso do princípio da eficiência. Se a regra não tiver justificação suficiente, será inválida. A *contrário sensu*, por sua vez, uma regra só poderá ser afastada se houver densa fundamentação jurídica que demonstre sua inutilidade em termos de proteção de outros bens e valores consagrados no sistema jurídico, isto é, desde que se demonstre que o sacrifício imposto ao princípio da eficiência está ocorrendo em vão.

Existe a objeção de que o contraste das regras com um princípio, fazendo com que este se sobreponha de modo a afastar aquelas, poderia ameaçar a segurança de todo o sistema, uma vez que cada juiz poderá, a todo momento, alterar ou excluir as regras que regem as relações entre as partes, que ficariam sob seu exclusivo alvedrio e sem qualquer garantia de previsibilidade. Além disso, a vontade do legislador, como primeiro intérprete qualificado da Constituição, que criou a regra após sopesar os valores e princípios aparentemente colidentes, acabaria substituída pela vontade arbitrária do juiz, usurpando função legislativa.

O problema encontra-se exposto em obra de Virgílio Afonso da Silva. Após dizer que o assunto é dos mais complexos na teoria dos princípios, ele afirma que a resposta mais comum é oferecida em duas notas de rodapé de dois trabalhos de Alexy, que, no entanto, não se dedica a explorar esta questão. E aduz:

"Essa resposta é a seguinte: quando um princípio entra em colisão com uma regra, deve haver um sopesamento. Mas este sopesamento não ocorre entre o princípio e a regra, já que regras não são sopesáveis. Ele deve ocorrer entre o princípio em colisão e o princípio no qual a regra se baseia. Essa parece ser, no entanto, uma solução problemática, e que passa ao largo de um ponto central. Ela é problemática porque dá a entender que o aplicador do direito está sempre livre, em qualquer caso e em qualquer situação, para afastar a aplicação de uma regra por entender que há um princípio mais importante que justifica esse afastamento. Isso teria como consequência um alto grau de insegurança jurídica. Um dos papéis mais importantes das regras no ordenamento

jurídico é justamente aumentar o grau de segurança na aplicação do direito. Essa segurança é garantida quando uma instância tem a competência de definir uma determinada linha. Esta instância, em um Estado constitucional, é o legislador, e essa linha é definida pelas regras que ele cria. Esse é um ponto eu é muitas vezes ignorado quando se pensa em colisão entre regras em princípios. Em geral, não se pode falar em uma colisão propriamente dita. O que há é simplesmente o produto de um sopesamento, *feito pelo legislador*, entre dois princípios que garantem direitos fundamentais, e cujo resultado é uma regra de direito ordinário. A relação entre a regra e um dos princípios não é, portanto, uma relação de colisão, mas uma relação de restrição. Essa regra deve, portanto, ser simplesmente aplicada por *subsunção*.¹²⁰

A seriedade e plausibilidade desta objeção merecem resposta à altura. A primeira observação é a de que ela está *quase* inteiramente correta e vale provavelmente para mais de 95% (noventa e cinco por cento) dos casos. De fato, o legislador é o primeiro intérprete da Constituição, qualificado e legitimado a sopesar princípios constitucionais de modo a construir as regras de direito ordinário; de fato, a existência dessas regras propicia segurança e previsibilidade ao comportamento humano em sociedade, sendo que isso vale tanto para o processo como fora dele.

No âmbito particular do processo, aliás, está observação ganha ainda mais força, uma vez que o sistema processual é repleto de regras. As regras procuram detalhar com minúcias todos os comportamentos possíveis

¹²⁰ AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009; pp. 51-56. Ana Paula de Barcellos manifesta a mesma preocupação: “como padrão geral, as regras não foram concebidas para serem ponderadas. Com efeito, a ponderação corriqueira de regras fragilizaria a própria estrutura do Estado de direito; pouco valeriam as decisões do Poder Legislativo se cada aplicação de um enunciado normativo se transformasse em um novo processo legislativo, no qual o aplicador passasse a avaliar, novamente, todas as conveniências e interesses envolvidos na questão, bem como todos os princípios pertinentes, para, ao fim, definir o comportamento desejável.” (BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; pp. 187-188) Mais à frente a mesma autora problematiza o tema nos seguintes termos: “A observância fiel das regras, ainda que elas possam gerar incidências injustas ocasionais, é um meio de fortalecer o respeito institucional pela ordem jurídica. Parece evidente que a flexibilização corriqueira do disposto pelas regras fragiliza a estrutura do Estado de direito, além de favorecer o exercício de autoridades arbitrárias e voluntaristas. Com efeito, se cada aplicador puder afastar uma regra porque a considera injusta no caso concreto, pouco valor terão as regras e o ofício do legislador. Por outro lado, será adequado sacrificar o indivíduo afetado pelo caso concreto no altar do aprimoramento das instituições político-jurídicas? Ou seja: além dos fins específicos para os quais a conduta determinada pela regra pretende contribuir, a simples observância do seu enunciado realiza outros fins essenciais ao sistema jurídico, dentre os quais o da segurança e da previsibilidade. Isso torna o debate sobre ponderação de regras consideravelmente mais complexo, já que não se trata apenas de uma disputa entre os efeitos pretendidos pela regra e pelos outros enunciados normativos aparentemente em colisão. Mais que isso, cuida-se de uma erupção da tensão permanente que perpassa o sistema jurídico entre a realização da justiça no caso concreto e o aperfeiçoamento institucional do Estado de direito.” (idem, pp. 208-209).

e os efeitos atribuídos pelo sistema, procurando com isso atingir ao menos três objetivos: a) uniformizar o modo de prestação jurisdicional dada em todo o país; b) fazer com que a atuação dos juízes e tribunais seja trilhada pelo respeito aos princípios constitucionais, já concretizados nas regras da lei, contendo com isso eventual arbítrio judicial que possa provocar lesão a direitos fundamentais de índole processual; c) prover as partes da mais ampla previsibilidade quanto às possibilidades, meios, modos e formas de comportamento possíveis pelo processo e no processo, adiantando as conseqüências da adoção ou não de tais comportamentos.

Por isso, diante da legitimidade do legislador e dos elevados objetivos que as regras processuais buscam alcançar, é muito bom que tenhamos regras e que elas sejam cumpridas¹²¹. Então, se for o caso de se admitir, como antecipadamente admitimos, que uma regra seja afastada por um princípio constitucional, isso deve se dar em caráter de absoluta excepcionalidade, apenas quando circunstâncias imperiosas impuserem isso. Na dúvida sobre como resolver a colisão, aplica-se a regra.

Aproximadamente neste sentido é a lição de Ana Paula de Barcellos. Ela afirma categoricamente que, numa colisão entre princípios e regras, estas prevalecem; porém, em concepção peculiar e bem desenvolvida, ela entende que os princípios, “por força da imposição lingüística, já que toda expressão haverá de ter um sentido mínimo”, têm um núcleo essencial de sentido que pode ser identificado e que esse núcleo opera como regra. Numa imagem, se o princípios correspondem a um círculo concêntrico, dentro dele há um núcleo interior de condutas mínimas, elementares e exigíveis, que funcionam como

¹²¹ A propósito da legitimidade do legislador como primeiro interprete da Constituição e como primeiro agente político a realizar o processo de ponderação entre diferentes valores, interesses e bens, culminando com a criação de regras e princípios de direito infraconstitucional, Luís Roberto Barroso reconhece isso e vai além, para admitir a interpretação da própria Constituição conforme a lei, desde que a norma legal não a deturpe, nem implique violação clara e direta do texto constitucional: “Toda atividade legislativa ordinária nada mais é, em última análise, do que um instrumento de atuação da Constituição, de desenvolvimento de suas normas e realização dos seus fins. Portanto, e como já assentado, o legislador também interpreta rotineiramente a Constituição. Simétrica à interpretação da lei conforme a Constituição situa-se a interpretação da Constituição conforme a lei. Quando o judiciário, desprezando outras possibilidades interpretativas, prestigia a que fora escolhida pelo legislador, está, em verdade, endossando a interpretação da Constituição conforme a lei. Mas tal deferência há de cessar onde não seja possível transigir com a vontade cristalina emanada do texto constitucional.” (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001; p. 191.)

regras; fora dele, há um espaço a ser preenchido por valorações de caráter não jurídico, como concepções ideológicas, políticas, religiosas ou econômicas, devendo ser preenchido pela deliberação democrática¹²².

Depois, a autora admite que uma regra não seja aplicada em casos de “manifesta injustiça”, vindo a asseverar que:

“Se a aplicação da regra, embora válida em tese, gera uma situação de grave injustiça no caso concreto, as opções políticas formuladas pelo constituinte de 1988 oferecem de fato amplo suporte àquele que procure uma fórmula para superar a situação de injustiça. Ao consagrar, *e.g.*, a justiça, geral e social, como fins da República, o constituinte tornou difícil a convivência de decisões gravemente injustas dentro do sistema.¹²³”

Podemos então dizer, com perdão do pleonismo, que, “em regra”, sempre deverá ocorrer o cumprimento da regra e só por exceção que a regra processual legal não será aplicada em face do princípio constitucional da eficiência. Por isso que acima afirmamos que a objeção está *quase* inteiramente correta, que é porque vale provavelmente para mais de 95% (noventa e cinco por cento) dos casos.

Não se pode admitir, desta feita, que o juiz venha a alterar um prazo peremptório previsto em lei, em nome do princípio da eficiência, embora seja curioso notar que, às vezes, a própria regra legal confere ao juiz flexibilidade para a fixação do prazo¹²⁴.

¹²² Idem; pp. 166-184. Nas palavras da autora, “Alguns exemplos ajudam a esclarecer o que se acaba de expor. Tome-se, em primeiro lugar, o princípio da dignidade da pessoa humana: que efeitos ele pretende produzir? O que ele significa? Ora, que as pessoas tenham uma vida digna. Sem maiores dificuldades, é possível concluir que matar as pessoas viola a dignidade e, portanto, impedir tal espécie de ação e assegurar a vida é um dos efeitos pretendidos por esse princípio. Mas que se dirá da pena de morte, da eutanásia e do aborto, para ficar apenas no aspecto ‘vida’ da dignidade? Muitas vezes os defensores e detratores de algumas dessas políticas fundam-se, em última análise, em concepções diferentes do que seja dignidade humana, influenciadas por posições religiosas, filosóficas, políticas, etc. Muito provavelmente, haverá opiniões diversas sobre os efeitos da dignidade neste ponto. O mesmo se pode dizer, *e.g.*, do princípio da livre iniciativa. Certamente, um dos efeitos que tal enunciado normativo pretende produzir é impedir a apropriação estatal de todos os meios de produção. Mas teria ele também o condão de impedir a existência de monopólios estatais? E empresas públicas explorando atividades econômicas? E o controle de preços por parte do Poder Público? Também nesse particular não há unanimidade. O efeito pretendido não é totalmente definido e sua definição depende de avaliações que não são propriamente jurídicas.”

¹²³ Idem, p. 210.

¹²⁴ Isso ocorre com o prazo da contestação da ação rescisória, pelo art. 491 do CPC: “O relator mandará citar o réu, assinando-lhe prazo nunca inferior a 15 (quinze) dias nem superior a 30 (trinta) para responder aos termos da ação.”; ocorre também com o prazo para apresentação de rol de testemunhas a serem ouvidas em

Também é curioso e relevante notar, para os propósitos deste trabalho, que o STF já reputou inconstitucional a duplicação do prazo decadencial para a propositura de ação rescisória a cargo do poder público. Entendeu-se pela falta de razoabilidade e proporcionalidade dessa medida, uma vez que, sem relevante razão que o justifique, “somadas a outras vantagens processuais da Fazenda Pública, agravam a consequência perversa de retardar sem limites a satisfação do direito do particular já reconhecido em juízo.” Ainda que implicitamente, este ponto da decisão refere-se aos subprincípios da *celeridade* e da *segurança jurídica* como determinantes para considerar inconstitucional a medida provisória que alterou o prazo da ação rescisória¹²⁵.

A segunda observação é que há exceções. Queiramos ou não, gostemos ou não, trata-se de fato irrecusável e consumado: não há como

audiência de instrução e julgamento, pelo art. 410 do CPC; outrossim, quanto aos atos em geral, dispõe o art. 177 do CPC que “Os atos processuais realizar-se-ão nos prazos fixados em lei. Quando esta for omissa, o juiz determinará os prazos, tendo em conta a complexidade da causa.”

¹²⁵ Esta decisão também tem amparo em outras razões, como falta de relevância e urgência da medida provisória, sua impossibilidade de alterar norma processual e a violação ao direito de igualdade no processo. Confira-se a ementa: “Ação rescisória: arguição de inconstitucionalidade de medidas provisórias (MP 1.703/98 a MP 1798-3/99) editadas e reeditadas para a) alterar o art. 188, I, CPC, a fim de duplicar o prazo para ajuizar ação rescisória, quando proposta pela União, os Estados, o DF, os Municípios ou o Ministério Público; b) acrescentar o inciso X no art. 485 CPC, de modo a tornar rescindível a sentença, quando “a indenização fixada em ação de desapropriação direta ou indireta for flagrantemente superior ou manifestamente inferior ao preço de mercado objeto da ação judicial”: preceitos que adotam a pílula do edito anterior sem lhe extrair, contudo, o veneno da essência: medida cautelar deferida. 1. Medida provisória: excepcionalidade da censura jurisdicional da ausência dos pressupostos de relevância e urgência à sua edição: raia, no entanto, pela irrisão a afirmação de urgência para as alterações questionadas à disciplina legal da ação rescisória, quando, segundo a doutrina e a jurisprudência, sua aplicação à rescisão de sentenças já transitadas em julgado, quanto a uma delas - a criação de novo caso de rescindibilidade - é pacificamente inadmissível e quanto à outra - a ampliação do prazo de decadência - é pelo menos duvidosa: razões da medida cautelar na ADIn 1753, que persistem na presente. 2. Plausibilidade, ademais, da impugnação da utilização de medidas provisórias para alterar a disciplina legal do processo, à vista da definitividade dos atos nele praticados, em particular, de sentença coberta pela coisa julgada. 3. A igualdade das partes é imanente ao procedural due process of law; quando uma das partes é o Estado, a jurisprudência tem transigido com alguns favores legais que, além da vetustez, tem sido reputados não arbitrários por visarem a compensar dificuldades da defesa em juízo das entidades públicas; se, ao contrário, desafiam a medida da razoabilidade ou da proporcionalidade, caracterizam privilégios inconstitucionais: parece ser esse o caso na parte em que a nova medida provisória insiste, quanto ao prazo de decadência da ação rescisória, no favorecimento unilateral das entidades estatais, aparentemente não explicável por diferenças reais entre as partes e que, somadas a outras vantagens processuais da Fazenda Pública, agravam a consequência perversa de retardar sem limites a satisfação do direito do particular já reconhecido em juízo. 4. No caminho da efetivação do due process of law - que tem particular relevo na construção sempre inacabada do Estado de direito democrático - a tendência há de ser a da gradativa superação dos privilégios processuais do Estado, à custa da melhoria de suas instituições de defesa em juízo, e nunca a da ampliação deles ou a da criação de outros, como - é preciso dizê-lo - se tem observado neste decênio no Brasil.” (STF, ADI 1910 – MC/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 27.02.2004).

afastar a possibilidade de a regra deixar de ser aplicada pelo Poder Judiciário em virtude de duas situações inevitáveis, quais sejam: a) a inconstitucionalidade da regra *em abstrato* ou b) a presença, em concreto, de situações excepcionais externas à regra, não levadas em consideração pelo legislador na sua confecção abstrata mas existentes no caso concreto.

Tratemos da primeira situação. Se olharmos com cuidado a objeção de Virgílio Afonso da Silva, acima descrita, veremos que ela serve não só para uma colisão entre regras e princípios envolvendo direitos fundamentais, mas também se presta à crítica do próprio sistema de controle de constitucionalidade das leis. E a existência desse sistema é um fato irrecusável e consumado em todos os países da cultura ocidental, ainda que cada qual adote suas variantes próprias.

Sempre que uma lei é editada, existe a potencial insegurança de vir a ser declarada inconstitucional e isso inevitavelmente põe seus destinatários na possível expectativa de que isso venha a ocorrer. Muitas leis acabam de ser promulgadas e logo se lança sobre elas a pecha da invalidade com a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, ou com decisões que declaram a sua incompatibilidade vertical. E essa situação só será resolvida com o pronunciamento definitivo do órgão jurisdicional responsável pelo controle abstrato da constitucionalidade, fato que pode durar anos.

Ressalte-se: essa crítica vale para qualquer lei, de qualquer matéria e não só relativa ao processo jurisdicional, sendo inerente a todo sistema que admite o controle de constitucionalidade. Por outro lado, se não existisse esse mecanismo de controle, a rigidez própria das normas constitucionais também perderia a sua segurança em termos de estabilidade, uma vez que estaria sujeita a modificações esporádicas do legislador conforme os interesses políticos majoritários num dado momento, podendo levar à ruína direitos fundamentais consagrados dentro e fora do processo. A

única maneira de se garantir o direito a contraditório e à ampla defesa, ou o direito ao julgamento por um juiz natural, ou o devido processo legal em feição substantiva, sem que tais direito não sejam contrastados pela vontade episódica do legislador com relação a um determinado tema, está no mecanismo de controle da constitucionalidade¹²⁶.

Por isso, ruim com ele, pior sem ele. Ao invés de criticar a existência do controle de constitucionalidade, parece mais apropriado engendrar mecanismos para o seu aperfeiçoamento, lutando principalmente para que os julgamentos ocorram em tempo da Suprema Corte ocorram em prazo razoável, apaziguando as dúvidas existentes sobre a validade da lei em abstrato.

De feito, embora o legislador tenha uma ampla margem de liberdade para a criação das regras legais a partir da Constituição, nela mesma ele encontra um limite. Ou se permite (*frise-se: sempre em caráter excepcional*), que as regras possam ser contratadas pela Constituição, ou a própria concepção da Constituição como norma jurídica fundamental e hierarquicamente superior perde o sentido.

Vejamos um dispositivo inserido no seio da legislação falimentar, que trata do procedimento para a recuperação judicial do empresário ou sociedade empresária. Nos termos do art. 57 da Lei 11.101/2005, depois de oferecido o plano de recuperação judicial pelo devedor e sendo o mesmo aprovado pela Assembléia Geral de Credores, ou não havendo objeção

¹²⁶ “O reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força vinculante em relação aos Poderes Públicos torna inevitável a discussão sobre formas e modos de defesa da Constituição e sobre a necessidade de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, especialmente das leis e atos normativos.” (MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007; p. 954).; “Em todo Estado onde faltar controle de constitucionalidade, a Constituição é flexível; por mais que a Constituição se queira rígida, o Poder Constituinte perdura ilimitado em mãos do legislador. Este, na verdade, poderá modificar a seu talante as regras constitucionais, se não houver órgão destinado a resguardar a superioridade destas sobre as ordinárias. Mais ainda, órgão com força bastante para fazê-lo.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 26.ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1996; pp. 29-30);

tempestiva de qualquer credor, cabe ao devedor apresentar certidões negativas de débitos tributários como requisito para a concessão da recuperação judicial¹²⁷. A mesma exigência é feita pelo artigo 191-A do Código Tributário Nacional¹²⁸.

Esses dispositivos oferecem um obstáculo praticamente intransponível para a concessão da recuperação judicial. Se o empresário está passando por severas dificuldades financeiras, a ponto de requerer a medida, muito provavelmente um de seus principais credores será o fisco; resulta da experiência comum, subministrada pelo que ordinariamente ocorre, que os primeiros débitos que deixam de ser pagos pelo empresário em crise são justamente os de natureza tributária, uma vez que, se fornecedores deixarem de receber, normalmente deixam de fornecer; se empregados deixarem de receber, deixam de trabalhar; se consumidores deixarem de receber os bens comprados, a fama se espalha e as vendas caem vertiginosamente¹²⁹.

Diante disso, resulta absurdo exigir a apresentação de certidões negativas de débitos tributários como condição para a concessão da recuperação judicial. Assim como se fala em prova diabólica, impossível de ser produzida, pode-se aqui falar também em exigência diabólica.

¹²⁷ Lei 11.101/2005, Art. 57: “Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembleia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional”.; Art. 58: “Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.”

¹²⁸ CTN, Art. 191-A: “A concessão de recuperação judicial depende da apresentação da prova de quitação de todos os tributos, observado o disposto nos arts. 151, 205 e 206 desta Lei.”

¹²⁹ O Código Tributário Nacional, acrescentado pela Lei Complementar n.º 118/2005, dispõe, em seu art. 155-A, § 3.º, que “Lei específica disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial.” Essa lei específica até hoje não existe. Nos termos do § 4.º do mesmo dispositivo, “A inexistência da lei específica a que se refere o § 3º deste artigo importa na aplicação das leis gerais de parcelamento do ente da Federação ao devedor em recuperação judicial, não podendo, neste caso, ser o prazo de parcelamento inferior ao concedido pela lei federal específica.” Sendo feito o parcelamento dos débitos tributários, o empresário tem direito à certidão positiva com efeitos de negativa, o que resolveria o problema. Todavia, sua situação costuma ser tão debilitada que ele não consegue, muitas vezes, atender às exigências específicas do parcelamento, como a quitação de determinados tributos ou contribuições, a exemplo das atinentes à parcela de pagamento dos empregados recolhida (por ficção contábil, como substituto tributário) e não entregue à previdência social, a qual não pode ser objeto de parcelamento.

A aplicação desses dispositivos põe a perder todo o esforço legislativo de se permitir a recuperação da empresa em crise econômico-financeira, militando contra a preservação da ordem econômico-financeira¹³⁰ e o princípio da eficiência sob a perspectiva de efetividade processual, vale dizer, a aptidão do processo para realmente resolver um problema social concreto. Assim, é de ser reconhecida a sua inconstitucionalidade em abstrato¹³¹.

Este é apenas um exemplo de como uma norma legal de procedimento, nesse caso encartada em legislação especial, pode contrastar com valores socialmente relevantes e como o princípio constitucional da eficiência pode implicar a sua nulidade.

Tanto são procedentes estas considerações que o próprio Virgílio Afonso da Silva, após apresentar aquela objeção – acima transcrita – quanto à teoria de Robert Alexy para resolver a colisão entre uma regra e um princípio, e que refuta a possibilidade do uso da técnica da ponderação para a resolução desse problema, aduz na sequência do texto acima transcrito:

“Mas há, de fato, casos em que esse cenário pode se complicar. O primeiro deles – e o mais simples –, é a existência de dúvidas quanto à constitucionalidade da regra. Nesse caso, compete ao juiz controlar essa constitucionalidade. Esse caso é simples, porque o resultado desse controle pode ser ou pela constitucionalidade da regra da regra – e,

¹³⁰ A ordem econômico-financeira é tratada no Título VII, Capítulo I, da Constituição, artigos 170/181. O art. 47 da própria Lei 11.101/2005 menciona os elevados bens jurídicos e interesses sociais que a recuperação do empresário deve preservar: “A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.”

¹³¹ Já há decisões na jurisprudência que reconhecem a impossibilidade da exigência de CND para a concessão da recuperação judicial, afastando a aplicação do art. 57 da Lei 11.101/2005 e art. 191-A do CTN. Confira-se o Agravo de Instrumento n.º 510.802.4/9.00, do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des. Romeu Ricupero, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, julgado em 31.10.2007; consta da ementa que a exigência é “inócua e abusiva”. No voto do relator há uma resenha de pareceres e decisões no mesmo sentido; confira-se o seguinte trecho: “No caso ‘Parmalat’, o parecer do Dr. Alberto Caminã Moreira, douto representante do Ministério Público do Estado de São Paulo, esgotou o assunto, abordando, de maneira didática e completa, a ‘breve retrospectiva sobre as obrigações fiscais e os processos concursais’, ‘o art. 57 da Lei 11.101/2005 como sanção política’, ‘a eliminação da possibilidade de falência’ com o veto ao parágrafo único do citado art. 57, e chegando até ‘à inconstitucionalidade do art. 57 da Lei 11.101/2005 e do art. 191-A do Código Tributário Nacional’.”

nesses casos, deve ela, como toda regra, ser aplicada por subsunção -, ou pela sua inconstitucionalidade em face de outro princípio, que seria, portanto, mais importante, naquela situação descrita pela regra, que o princípio ao qual o legislador deu primazia – nesse caso, a regra é declarada inconstitucional e, portanto, a situação de colisão desaparece sem que haja qualquer modificação nos critérios propostos nos dois tópicos anteriores. Casos mais problemáticos são aqueles em que a aplicação da regra por subsunção, em determinado caso concreto, levaria a situações consideradas incompatíveis com algum princípio constitucional decisivo para o caso concreto, sem que, no entanto, essa incompatibilidade seja algo verificável em abstrato e, portanto, sem que haja razões para considerar a regra inconstitucional.¹³²”

A leitura que fizemos dessa obra não deixou claro se a objeção de Virgílio foi apresentada apenas em caráter de problematização da resposta de Alexy, ou seja, apenas para suscitar o debate quanto a seus pontos fracos e sem que o autor a defendesse, ou se ele estava encapando teoricamente referida objeção.

A nós parece claro, todavia, que os “casos” que ele apresentou na sequência, transcritos agora, que servem para “complicar esse cenário”, são justamente as hipóteses que autorizam a não aplicação de uma regra por força de um princípio, aplicando-se sim, nestas hipóteses, a lei de colisão defendida por Alexy.

A rigor, parece-nos que o ponto que Virgílio procurou sustentar era outro, com repercussão mais conceitual do que prática. Ele sustentou que não se pode falar de dimensão de peso para regras, nem da técnica da ponderação (ou sopesamento) para solucionar um conflito entre um princípio e uma regra. Ele atacou as bases teóricas da obra de Humberto Ávila, citada aqui, que sustenta isso. Nesse ponto, portanto, nossa posição é contrária à de Virgílio, porque acatamos a defendida Ávila, discordando dos argumentos apresentados para infirmar sua tese.

Virgílio entende que as regras garantem direitos ou impõem deveres definitivos e que, ou são inconstitucionais e devem ser afastadas do sistema, ou as exceções que permitiriam a não aplicação da regra, válida e eficaz, na realidade conduzem à

¹³² Idem.

formulação de uma nova regra, sem que se possa falar na técnica de ponderação ou sopesamento. Ele expõe que, se isso fosse possível (a técnica da ponderação),

“a definição de regras como normas que garantem direitos (ou impõem deveres) definitivos cai por terra, porque poderão ocorrer casos em que uma regra, a despeito de válida e aplicável, seja afastada, sem que com isso perca a sua validade. Além disso, um eventual sopesamento só pode envolver normas que tenham a *dimensão de peso*, o que regras não têm.¹³³”

Discordamos. Regras têm sim dimensão de peso porque concretizam um valor. Isso fica muito claro com a aplicação da teoria das nulidades no processo civil: dependendo do valor encerrado pela regra, seu descumprimento pode implicar desde uma nulidade absoluta até uma mera irregularidade. É possível conferir uma dimensão de peso muito maior à regra que dispõe que “para a validade do processo, é indispensável a citação do réu” (CPC, art. 214), em relação à regra que dispõe que “em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso do vernáculo.” (CPC, art. 156).

Todavia, feito aqui o breve registro, deixa-se de fazer um mergulho mais profundo nas bases teóricas da discordância de Virgílio quanto à posição de Ávila, uma vez que não afeta o ponto central deste trabalho, que é a possibilidade de que a regra não ser aplicada porque abstratamente padece de inconstitucionalidade formal ou material.

A objeção de que o princípio da eficiência constitui norma de eficácia meramente programática não se sustenta. Primeiro porque, no âmbito do processo, a eficiência encontra respaldo em outras normas constitucionais, que lhe conferem elevada densidade jurídico-normativa¹³⁴.

Segundo porque não se pode perder de mira a advertência de José Afonso da Silva de que mesmo as normas constitucionais programáticas são dotadas de uma eficácia

¹³³ Idem.

¹³⁴ Relembramos que o princípio da eficiência já estava implicitamente previsto na Constituição, encontrando seu fundamento de validade em outras normas, como a que garante o devido processo legal e a inafastabilidade da jurisdição.

mínima, consistente em exigir que a atividade administrativa, legislativa e também a judiciária sejam realizada de conformidade com os valores que contemplam, resultando inválidas as normas inferiores ou os atos administrativos ou judiciais que destoarem desse programa axiológico¹³⁵.

Este entendimento conta com o respaldo bem fundamentado de Eduardo Cambi, verbis:

“Afirmar que as normas constitucionais têm *força normativa* é reconhecer que a Constituição não é apenas uma carta de intenções políticas, mas que está dotada de caráter jurídico imperativo. Se a Constituição vale como uma lei, as regras e os princípios constitucionais devem obter *normatividade*, regulando jurídica e efetivamente as condutas e dando segurança a expectativas de comportamentos. Com efeito, o reconhecimento da força normativa da Constituição marca uma ruptura com o direito constitucional clássico, em que se visualizavam *normas constitucionais programáticas* que seriam simples declarações políticas, exortações morais ou programas futuros e, por isso, destituída de positividade ou de eficácia vinculativa. A positividade jurídico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente: (i) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (*imposição constitucional*); (ii) vinculação *positiva* de todos os órgãos concretizadores (Executivo, Legislativo e Judiciário), os quais devem tomá-las como *diretivas materiais permanentes*; (iii) servirem de *limites materiais negativos* dos poderes públicos, devendo ser considerados inconstitucionais os atos que as contrariam.”¹³⁶

¹³⁵ Nas suas palavras: “Assim, descortina-se a eficácia das normas programáticas em relação à legislação futura, desvelando, aí, sua função de condicionamento da atividade do legislador ordinário, mas também da administração e da jurisdição, cujos atos hão de respeitar os princípios nela consagrados. Pontes de Miranda é preciso sobre o assunto, prelecionando que: ‘A legislação, a execução e a própria Justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à sua função’; e, mais adiante, reafirma que elas cerceiam a atividade dos legisladores futuros, que, no assunto programado, não podem ter outro programa. É que as normas programáticas se resolvem, *prima facie*, num vínculo ao Poder Legislativo, quer lhe assinalem certo fim a atingir, quer estabeleçam, desde logo, restrições, limites, observância de certas diretrizes, critérios ou esquemas gerais, para alcançar o escopo proposto.” (SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998; pp.158-159). Em nota de rodapé, o autor informa que a citação de Pontes de Miranda foi colhida da obra Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969, t. I/127, e que a mesma opinião, “quanto à inconstitucionalidade de lei conflitante com as normas programáticas, também é sustentada por Alfredo Buzaid, em Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro, São Paulo, Editora Saraiva, 1958, pp. 48-49, bem como por Lúcio Bittencourt, em O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, 2.^a ed, atualizada por José de Aguiar Dias, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1968, p. 60)

¹³⁶ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. In Processo e Constituição, estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, coord. São Paulo: RT, 2006; pp. 664-665. No mesmo sentido: “Já foi tratado, anteriormente, no curso deste estudo, o problema do mínimo eficaz das normas constitucionais programáticas e aceito que o seu simples surgir no sistema constitucional acarreta, como consequência, o informar a atuação do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, de tal modo que qualquer de seus atos que se desviem da diretriz prevista no comando normativo da Lei Fundamental, viciam-se por inconstitucionalidade.” (FERRARI, Regina Maria

Qualquer atividade estatal, proveniente de qualquer dos poderes ou de instituições autônomas, só ostenta legitimidade se estiver devidamente conforme às normas constitucionais, ainda que meramente programáticas. O sacrifício à norma constitucional cristalizada no princípio da eficiência só será admissível se houver justificativa bastante razoável no sentido de se proteger outros bens, valores ou interesses dignos de proteção pelo sistema jurídico, de modo que, ausente tal justificativa, o controle difuso de constitucionalidade pelo Poder Judiciário é mecanismo que deve ser exercitado.

Tratemos da segunda situação, na qual a regra não é abstratamente incompatível com a Constituição; porém, ainda que presentes todas as notas características que autorizam a sua aplicação num caso concreto, a presença de outras circunstâncias externas à regra implicam seja a mesma excepcionalmente afastada no caso concreto, pela ponderação com outras regras ou princípios.

Tomemos como exemplo, para assimilar melhor, o afastamento de uma regra constitucional, que garante um direito fundamental. Trata-se de decisão proferida pelo Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo quanto ao direito de voto do preso em caráter provisório, sem condenação criminal definitiva, transitada em julgado. Houve requerimento por parte do Ministério Público Eleitoral afirmando que esse direito não estava sendo respeitado.

O direito ao voto é manifestação fundamental dos direitos políticos, inerente à dignidade da pessoa humana, à cidadania e à própria idéia de República. Nos termos do art. 15, III, da Constituição, a perda ou suspensão de direitos políticos só pode ocorrer nos casos de “condenação criminal transitada em julgada, enquanto durarem os seus efeitos”¹³⁷. Esta norma constitucional é originária e, por isso, de acordo com jurisprudência pacificada,

Macedo Nery. Normas constitucionais programáticas. São Paulo: Editora RT, 2001; p. 220). (...) “As normas constitucionais definidoras dos fins, programas, tarefas do Estado, em decorrência da sua imperatividade, exigem a sua observância, o seu cumprimento, o que significa colocá-las em ação, torná-las efetivas, e isso também em relação às imposições constitucionais endereçadas ao legislador.” (idem, p. 221).

¹³⁷ O inteiro teor desse dispositivo é o seguinte: “Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; II - incapacidade civil absoluta; III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

não se admite seja considerada inconstitucional; eventual conflito entre ela e outras normas da Constituição deve-se resolver pela consideração da unidade do sistema, promovendo a sua compatibilização para a convivência em harmonia.

A Constituição é muito clara quando dispõe que a cassação de direitos políticos é vedada, admitindo que ocorra a perda ou suspensão desses direitos em seus casos taxativos. O art. 15, caput, ao se referir a essas situações excepcionais, usa a expressão “só se dará nos casos de”. Um desses casos é de “condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos.” Mesmo assim, o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, em sessão administrativa de 16 de junho de 2009, por seis votos contra um, rejeitou o pedido.

Os fundamentos utilizados para a decisão, em síntese, reportam-se às dificuldades práticas da operacionalização desse direito; que sua implementação pode trazer riscos à segurança pública e à própria normalidade das eleições.

Embora tenham feição aparentemente extrajurídica e não o tenham afirmado com todas as letras, esses fundamentos guardam estrita correlação com o princípio constitucional da eficiência, na medida em que primaram pela celeridade e segurança das eleições, fazendo com que tivessem maior operacionalidade (que se poderia traduzir por efetividade). Além da eficiência na eleição em si, pensou-se também na segurança pública da sociedade, direito de todos e dever do Estado (CF, art. 144, caput). O princípio constitucional da eficiência foi prestigiado, neste caso, não num processo específico, mas tendo em vista a regularidade de todo o processo eleitoral.

Embora uma norma constitucional garanta um direito subjetivo, as condições da realidade social fizerem com que, no atual momento histórico, devesse preponderar o direito de todos à segurança pública. A decisão da Justiça Eleitoral dirimiu a colisão entre uma norma constitucional que garante o direito de voto ao preso provisório e outras normas constitucionais que primam pela eficiência na realização das eleições e pela segurança de

todos na sociedade. Considerados todos os notórios problemas carcerários que hoje existem, incluindo o descontrole do Estado sobre o comportamento interno dos detentos, entendeu-se que a prevalência do direito de voto ao preso provisório traria risco à própria existência das eleições como manifestação popular e democrática de outorga do poder.

No âmbito do processo civil, sempre em caráter excepcional, a mesma situação pode ocorrer. Vejamos o teor do art. 1º, § 3º, da Lei 8.437/1992. Ele dispõe que, nas ações cautelares contra o poder público, *“Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.”*

E se o poder público resolvesse realizar uma pesquisa científica com uma criança, contra a vontade dos seus pais, que pusesse em risco a sua vida ou incolumidade física; promovendo os pais medida cautelar com pedido de liminar para obstar este ato, seria necessário aguardar o fim do processo?

Até lá, a pesquisa certamente já teria sido realizada, com danos irreversíveis aos direitos materiais desta criança.

E todas as demandas que postulam a aquisição urgente de remédios para a salvaguarda da vida e da saúde de pessoas carentes? Se aguardarem o trânsito em julgado, muitos provavelmente morrerão sem qualquer decisão, extinguindo-se o processo pela perda superveniente de objeto, já que sem vida não há que se falar em direito à vida.

Se esse dispositivo obstar a efetividade de um direito material, ou seja, a sua eficiente proteção, estará violando a Constituição em múltiplos aspectos: quanto ao direito a que a lei não exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, porque o óbice implica exclusão (CF, art. 5º, XXXV); quanto ao direito ao devido processo legal e ao princípio da eficiência, pela ausência de um mecanismo hábil à proteção eficiente de um direito.

improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.”

Quando esse dispositivo implicar a negação do direito material do requerente, não poderá ser aplicado, por violação ao princípio da eficiência. Situações de fato extremamente excepcionais serão marcadas pela robusta presença de verossimilhança no direito alegado pela autor e a negativa na concessão de uma medida cautelar, mesmo que esgote o objeto da ação, implicará na negação ao direito material em si. Todavia, sempre que se puder aguardar o desfecho do processo principal sem lesão definitiva e irreversível ao direito material do requerente, aí sim este dispositivo poderá ser aplicado, vedando-se a medida liminar.

Assim, se houver lesão a direito, mas em caráter *não irreversível*, ela deverá ser suportada pelo particular, sem prejuízo da posterior apuração das perdas e danos decorrentes. Mesmo que haja *fumus boni juris* e *periculum in mora* do requerente, a possibilidade de que o direito material seja futuramente atendido impedirá a concessão liminar da medida cautelar contra o poder público.

Desse modo, se uma pessoa quiser publicar um livro com informações oficiais que o governo reputa sigilosas, e este negue o acesso dessa pessoa à fonte documental dessas informações, a medida liminar em cautelar não poderia ser concedida, mesmo que o juiz estivesse bastante convencido do direito daquela pessoa do acesso a tais informações. Isso porque, ainda que suportando a demora, o acesso futuro a tais informações poderia ser atendido¹³⁸.

Contudo, se uma pessoa pretende a proibição de se divulgar publicamente um relatório governamental que contenha informações prejudiciais a si, que sejam manifestamente inverídicas, essa pessoa pode pedir e obter medida liminar que obste a publicação desse relatório, desde que faça prova do *fumus boni juris*, porque a negativa na concessão da medida implicará danos irreversíveis à sua imagem, lesando em definitivo o seu direito à honra e à intimidade.

¹³⁸ Também pelo caráter de reversibilidade, com a possibilidade de atendimento do direito material do contribuinte no futuro, mostra-se conforme à Constituição o art. 170-A. do Código Tributário Nacional, incluído pela Lei Complementar nº 104, de 10.1.2001: “É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.”

Importante registrar a posição do Supremo Tribunal Federal. Na ação declaratória de constitucionalidade n.º 04 (ADC-4), que teve como objeto o artigo 1.º da Lei 9.494/1997, julgou-se o pedido procedente, declarando-se o dispositivo constitucional. Ele estende para a tutela antecipada (art. 273/CPC) e para a tutela específica das obrigações de fazer ou não fazer (art. 461/CPC) o conteúdo de vários dispositivos, dentre os quais o art. 1.º da Lei 8.437/1992, acima aludido¹³⁹. O STF entendeu que a tutela antecipada, sendo criação legal, pode ser ampliada ou restringida por lei¹⁴⁰.

Não se discorda que a lei pode criar condições e requisitos para a aplicação de um instituto processual; todavia, se essas condições ou requisitos obstruírem a efetividade na prestação da tutela jurisdicional, estarão contrariando o princípio constitucional da eficiência¹⁴¹.

¹³⁹ Lei 9.494/1997, Art. 1º: “Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.”

¹⁴⁰ Consta do informativo n.º 522 do STF, disponível em www.stf.gov.br, acesso em 04.05.2009: “Entendeu-se, tendo em vista a jurisprudência do STF no sentido da admissibilidade de leis restritivas ao poder geral de cautela do juiz, desde que fundadas no critério da razoabilidade, que a referida norma não viola o princípio do livre acesso ao Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). O Min. Menezes Direito, acompanhando o relator, acrescentou aos seus fundamentos que a tutela antecipada é criação legal, que poderia ter vindo ao mundo jurídico com mais exigências do que veio, ou até mesmo poderia ser revogada pelo legislador ordinário. Asseverou que seria uma contradição afirmar que o instituto criado pela lei oriunda do poder legislativo competente não pudesse ser revogada, substituída ou modificada, haja vista que isto estaria na raiz das sociedades democráticas, não sendo admissível trocar as competências distribuídas pela CF. Considerou que o Supremo tem o dever maior de interpretar a Constituição, cabendo-lhe dizer se uma lei votada pelo Parlamento está ou não em conformidade com o texto magno, sendo imperativo que, para isso, encontre a viabilidade constitucional de assim proceder. Concluiu que, no caso, o fato de o Congresso Nacional votar lei, impondo condições para o deferimento da tutela antecipada, instituto processual nascido do processo legislativo, não cria qualquer limitação ao direito do magistrado enquanto manifestação do poder do Estado, presente que as limitações guardam consonância com o sistema positivo. Frisou que os limites para concessão de antecipação da tutela criados pela lei sob exame não discrepam da disciplina positiva que impõe o duplo grau obrigatório de jurisdição nas sentenças contra a União, os Estados e os Municípios, bem assim as respectivas autarquias e fundações de direito público, alcançando até mesmo os embargos do devedor julgados procedentes, no todo ou em parte, contra a Fazenda Pública, não se podendo dizer que tal regra seja inconstitucional. Os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Gilmar Mendes incorporaram aos seus votos os adendos do Min. Menezes Direito. Vencido o Min. Marco Aurélio, que, reputando ausente o requisito de urgência na medida provisória da qual originou a Lei 9.494/97, julgava o pedido improcedente, e declarava a inconstitucionalidade formal do dispositivo mencionado, por julgar que o vício na medida provisória contaminaria a lei de conversão. ADC 4/DF, rel. orig. Min. Sydney Sanches, rel. p/ o acórdão Min. Celso de Mello, 1º.10.2008.”

¹⁴¹ Neste passo, cumpre salientar que, compelido a conferir efetividade a um conjunto de direitos materiais ligados diretamente à sobrevivência e à dignidade humana, o próprio STF flexibilizou seu entendimento para as causas de natureza previdenciária, nos termos da sua súmula n.º 729: “A decisão na ADC-4 não se aplica a antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária.”

O objetivo dessa discussão foi demonstrar como um dispositivo, caracterizado como uma regra, pode ser constitucional (art. 1.º da Lei 8.437/1992; art. 1.º da Lei 9.494/1997) e por isso ser aplicado inúmeras vezes em que se configurar sua hipótese de incidência, mas, diante de uma situação de fato peculiar, pode ter a sua aplicação afastada por outras regras ou princípios constitucionais, num processo de ponderação¹⁴².

Vejamos outro dispositivo, o art. 523, § 3.º, do CPC, que obriga o uso do agravo retido para a impugnação de decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento¹⁴³. Evidente que a lei pode obrigar o uso do agravo na forma retida e foi evidente o seu objetivo: aliviar a carga de processos dos tribunais de segundo grau, concentrando todos os recursos numa só oportunidade, isto é, quando da apreciação da sentença, no julgamento da apelação, quando então o agravo retido será apreciado em caráter preliminar, desde que o requeira o agravante nas razões ou contra-razões de apelação¹⁴⁴.

¹⁴² “É possível cogitar de situações nas quais um enunciado normativo, válido em tese e na maior parte de suas incidências, ao ser confrontado com determinadas circunstâncias concretas, produz uma norma inconstitucional. (...) Ilustra-se com um exemplo. A possibilidade que se acaba de identificar já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn nº 223, descrita acima, na qual se discutia a validade de disposições que proibiam a concessão de medidas liminares e antecipações de tutela em face da Fazenda Pública. A ação direta foi julgada improcedente, como referido, já que, em tese, a restrição à concessão de providências de urgência não era inconstitucional. Admitiu-se, porém, que em circunstâncias específicas a incidência daqueles dispositivos poderia gerar normas inconstitucionais. É fácil perceber que o mesmo enunciado produzirá normas diversas e, mais que isso, será confrontado por enunciados diferentes conforme a demanda judicial envolva, *e.g.*, (i) o reenquadramento de servidores públicos ou (ii) o custeio de cirurgia urgente e indispensável à manutenção da vida do particular que deveria ter sido realizada pela rede pública de saúde, mas que, por qualquer razão, não o foi. No primeiro caso, o direito patrimonial poderá em geral ser satisfeito adequadamente ao fim da demanda e, portanto, a norma produzida pelo enunciado apenas veda que valores pretendidos pelo autor sejam antecipados pela Fazenda Pública antes de proferida a decisão final. No segundo caso os enunciados relacionados com o direito à vida e à saúde (impertinentes no primeiro exemplo) e o grave risco de perecimento do direito. Nesse contexto, a norma que se extrai do mesmo enunciado é diversa: ela veda que o juiz autorize a realização de cirurgia sem a qual o autor poderá vir a falecer. Não é difícil concluir que essa norma afeta muito mais intensamente o núcleo do direito de acesso ao Judiciário do que a primeira.” (BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; pp. 231-233).

¹⁴³ CPC, art. 523, § 3.º : “Das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento caberá agravo na forma retida, devendo ser interposto oral e imediatamente, bem como constar do respectivo termo (art. 457), nele expostas sucintamente as razões do agravante.”

¹⁴⁴ CPC, art. 523, § 1.º : “Não se conhecerá do agravo se a parte não requerer expressamente, nas razões ou na resposta da apelação, sua apreciação pelo Tribunal.”

Embora o intuito do legislador tenha sido positivo, no sentido de desafogar os tribunais da avalanche de agravos de instrumento que lhes eram encaminhados, permitindo que se concentrem em recursos contra a sentença definitiva e deslocando para tal momento as impugnações de decisões interlocutórias, o fato é que há decisões de extrema gravidade que podem ser proferidas no ato da audiência e que podem gerar dano irreparável à parte, de modo que, se não tiverem um mecanismo que permita atribuir efeito suspensivo a tais decisões, podem ter seus direitos subjetivos ameaçados por decisões teratológicas ou manifestamente arbitrárias.

Isso pode ocorrer com decisões que concedem ou negam um pedido de medida cautelar, ou de antecipação dos efeitos da tutela, repercutindo direta e imediatamente no patrimônio jurídico das partes. Sujeitar esta decisão ao ataque exclusivo por agravo retido significa torná-la imutável por um longo tempo, até que o processo seja julgado em primeiro grau e o recurso de apelação julgado em segunda instância. Essa demora pode ser crucial, em caráter malévolo, para a efetividade do processo e dos direitos que constituem seu objeto. Flávio Luis Yarshel oferece um panorama preciso sobre a problemática envolvida:

“se em audiência de instrução, for proferida decisão apta a causar dano de difícil reparação, como deve a parte proceder diante da obrigatoriedade legal da interposição de um recurso cujo regime é incompatível com o interesse recursal? Para ilustrar a hipótese, é pensar na determinação de quebra de sigilo bancário ou fiscal, ou na determinação de prova pericial que importe em revelação de dados que a parte entenda sigilosos (p. ex., para fins de concorrência entre pessoas que disputam um mesmo mercado). Nessas e em outras hipóteses em que se possa pensar, sendo imediato o dano, não há interesse para o agravo retido. A rigor, essa indagação pode ser estendida: se a decisão recorrida não se amolda estritamente àquelas para as quais a lei prevê o agravo de instrumento, mas sendo inócua a interposição do agravo retido, como deve proceder a parte? Nesses casos, parecer haver duas soluções: a primeira delas consiste em se observar estritamente a letra da lei, interpondo-se o agravo retido e, diante do caráter inócuo desse remédio, valer-se a parte do mandado de segurança; a segunda delas consiste em permitir a interposição do agravo de instrumento, diante da constatação de que, apesar do texto legal, não há interesse recursal para o agravo na forma retida.¹⁴⁵”

¹⁴⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. *Limitações ao agravo de instrumento*. In Jornal Carta Forense, sexta-feira, 2 de dezembro de 2005. Matéria disponível na internet em <http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=183>, acesso em 27/04/2009. Na jurisprudência, embora não haja consenso, há decisões reconhecendo a admissibilidade do agravo de instrumento, diante da gravidade da decisão proferida em desfavor do agravante e do perigo da demora, verbis: “Decisão proferida em audiência, majorando, ex officio, os alimentos

Historicamente, sempre que a lei negou o efeito suspensivo a um recurso, a jurisprudência acabou encontrando um meio ou uma fórmula de prover tal efeito em circunstâncias excepcionalíssimas. Assim era com o agravo de instrumento antes de 1995; como não tinha efeito suspensivo, sua interposição era comumente acompanhada da impetração de mandado de segurança para dar-lhe esse efeito, sob a alegação de que a decisão recorrida violava direito líquido e certo da impetrante¹⁴⁶.

Seja um mandado de segurança, seja uma medida cautelar, ou um novo recurso, a exemplo do agravo regimental contra decisão do relator que negava efeito suspensivo a agravo de instrumento, algum meio processual sempre foi posto como idôneo à concessão do almejado efeito suspensivo, mesmo quando a lei o negasse. E isso porque, ainda que em caráter excepcional, a jurisprudência deparou-se com decisões perpetradas por órgãos judiciário de primeiro grau manifestamente teratológicas ou arbitrárias, aptas a gerar dano concreto a direitos subjetivos, permitindo com isso que algum instrumento

provisórios, de 2 salários-mínimos, para RS 1.500,00 - Inconformismo - Desacolhimento - Questões processuais - Tempestividade do recurso, diante da interrupção do prazo, com a interposição de embargos de declaração - Interposição de recurso, oralmente, no ato da audiência, com o fim de evitar a ocorrência de preclusão (art. 523, § 3o, do CPC) - Caráter irrepitível dos alimentos que permite o conhecimento deste agravo, em detrimento do retido nos autos. ” (TJSP, Agravo de Instrumento n.º 601589-4/3-00, Rel. Des. Grava Brasil, julgado em 20/01/2009); “Não se vislumbra ter havido preclusão uma vez que a decisão que indeferiu a denunciação encontra-se pendente de julgamento, em razão do agravo retido interposto em audiência (fls. 49). Como não se mostra razoável aguardar-se o desfecho do processo para eventual conhecimento da questão e em atenção ao princípio da economia processual, bem como da instrumentalidade das formas, a questão da denunciação deve ser aqui analisada sob pena de incorrer-se em denegação de justiça, tendo-se em vista que, nos termos do art. 70, III, do CPC, a denunciação da lide é obrigatória “àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda” (TJSP, Agravo de Instrumento n.º 122126-3/0-06). No mesmo sentido o Agravo de Instrumento n.º 725826-4/2-00, Rel. Des. J. B. Franco de Godoi, julgado em 28/01/2009, no qual o mesmo só não foi admitido porque, no caso concreto, entendeu-se que a decisão não era passível de causar ao agravante lesão grave e de difícil reparação. Anote-se, por outro lado, que há também decisões em sentido contrário, como, dentre outras, a seguinte: “AGRAVO DE INSTRUMENTO - COBRANÇA - SEGURO DE VEÍCULO - INDENIZAÇÃO - Pedido de redesignação da audiência de conciliação, instrução e julgamento para oitiva do autor em depoimento pessoal. Indeferimento. Interposição de agravo de instrumento contra decisão já atacada por meio de agravo retido (CPC, art. 523, § 3o). Inadmissibilidade. Princípio da unirrecorribilidade ou unicidade do recurso e da ocorrência de preclusão consumativa. Só cabe um único recurso para a mesma decisão, pois exercida a atividade recursal, opera-se a preclusão consumativa, não sendo possível a interposição de qualquer outro recurso contra o mesmo pronunciamento, diante do princípio da unirrecorribilidade ou unicidade do recurso.” (Agravo de Instrumento n.º 120187-9/0-00, Rel. Des. Walter Zeni, julgado em 04/12/2008). Todavia, a bem da verdade, esta decisão não acarretou ao agravante lesão de difícil reparação, de sorte que o agravo retido poderia ser tranqüilamente interposto.

processual fosse capaz de estancar seus efeitos. Mesmo sem o respaldo do teor literal da lei, houve a preocupação jurisprudencial, ainda que inconsciente, de conceber mecanismos de proteção efetiva a direitos dignos de tutela.

Em síntese, houve o afastamento das regras que preconizam apenas o efeito devolutivo ao recurso disponível, para admitir, diante da peculiaridade da situação e por decorrência de outras normas e valores do sistema jurídico, fosse-lhe agregado efeito suspensivo.

Neste tópico o objetivo não é discutir a fundo o princípio da eficiência no sistema recursal e por isso retornamos à idéia central: um dispositivo pode ser abstratamente constitucional, mas, em circunstâncias de fato peculiares, deixar de ser aplicado em virtude de outras regras e princípios contidos no sistema normativo, seja de origem constitucionais ou mesmo legais.

Isso significa que algumas regras legais poderão ser aplicadas numa maioria de casos, mas deixar de ser aplicadas em situações de fato peculiares, quando a sua aplicação contrariar o próprio objetivo que deu origem à criação da regra, ou melhor, o fim ou valor que está por trás da regra, de modo que haveria lesão ao princípio da eficiência.

6.3 A atividade de interpretação e a promoção do princípio da eficiência

A concretização do princípio da eficiência provoca influência na interpretação das regras legais sob duas vertentes: a) a primeira, relativa ao controle de constitucionalidade, pela técnica da interpretação conforme à Constituição; b) a segunda, que busca otimizar suas potencialidades normativas, pela aplicação do princípio (interpretativo) da máxima efetividade, ou princípio da interpretação efetiva.

¹⁴⁶ Nesse sentido: CARMONA, Carlos Alberto. *Quinze anos de reformas no Código de Processo Civil*. In Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil. Carlos Alberto Carmona (coord.). São Paulo: Atlas, 2007; p.22/23.

Muitas vezes a leitura de uma regra produz mais de uma interpretação possível. Essas interpretações possíveis podem ser compatíveis, ou não, com o texto da Constituição. Se alguma das interpretações do texto normativo for incompatível com a Constituição, a interpretação não será admitida. A técnica da interpretação conforme é um instrumento de controle da constitucionalidade das leis e nada mais faz do que determinar ao intérprete que desconsidere as possíveis interpretações do texto legal que não sejam compatíveis com o texto da Constituição¹⁴⁷.

Além da interpretação conforme à Constituição, como técnica de controle de constitucionalidade, a interpretação das regras legais também deve ser marcada pela otimização do princípio da eficiência, no sentido de que, dentre escolhas igualmente legítimas de interpretação, a jurisprudência deve privilegiar a que melhor promove os valores que lhe são inerentes. Esta diretriz vem corroborada pelo princípio da máxima efetividade, ou princípio da interpretação efetiva, que busca potencializar ao máximo o comando de uma norma constitucional.

Nesse sentido, desde que não provoque lesão a direitos fundamentais das partes no processo, cabe à jurisprudência (i) estimular o comportamento das partes à promoção do princípio da eficiência e (ii) interpretar as regras legais de modo a promover a eficiência do processo, quanto a seu procedimento e produto.

¹⁴⁷ Luiz Roberto Barroso explica assim este mecanismo: “À vista das dimensões diversas que sua formulação comporta, é possível e conveniente decompor didaticamente o processo de interpretação conforme a Constituição nos elementos seguintes: 1) Trata-se da escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades que interpretativas que o preceito admita; 2) Tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidentemente resulta da leitura do seu texto; 3) Além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou de outras interpretações possíveis, que conduziriam a resultado contrastante com a Constituição; 4) Por via de consequência, a interpretação conforme à Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal. Na interpretação conforme a Constituição, o órgão jurisdicional declara qual das possíveis interpretações de uma norma legal se revela compatível com a Lei Fundamental. Isso ocorrerá, naturalmente, sempre que um determinado preceito infraconstitucional comportar diversas possibilidades de interpretação, sendo qualquer delas incompatível com a Constituição. Note-se que o texto legal permanece íntegro, mas sua aplicação fica restrita ao sentido declarado pelo tribunal.” (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001; pp. 185-186)

6.3.1 O papel da jurisprudência em estimular um comportamento das partes adequado ao princípio da eficiência

Um dos princípios básicos da Economia é que as pessoas reagem a estímulos. Esse princípio, todavia, não se restringe à Economia; reflete-se em toda ciência que trabalha com o comportamento humano. É inerente ao ser humano reagir a estímulos, assim como o é com relação a todos os animais. O adestramento de um cachorro, por exemplo, tem como regra básica o oferecimento de um produto de seu agrado quando realiza algo positivo (ex: um osso quando urina no lugar correto), ou o oferecimento de algo do seu desagrado quando realiza algo negativo na perspectiva do adestrador (ex: palmadas quando urina no lugar errado).

Assim é com o ser humano, assim deve ser com o processo, ou melhor, com as partes responsáveis pela sua existência e desenvolvimento e conclusão. O processo é uma criação humana, desenvolvida por seres humanos e destinada a seres humanos. Envolve comportamento humano. Nessa medida, é fundamental que as consequências dos atos processuais seja arquitetadas de modo a extrair o melhor possível das partes em termos de probidade, cooperação e efetividade.

Essa idéia simples, de que as pessoas reagem a estímulos, pode trazer implicações profundas no modo com que trabalhamos com o processo, bem como por medidas que podem ser adotadas para evitar um processo, reduzindo a demanda judiciária.

Há alguns atos atrás, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tinha firmado entendimento de que a mera discussão em juízo sobre a existência, validade ou cobrança excessiva de um débito seria suficiente para impedir a inscrição do devedor nos cadastros de inadimplentes. Bastava propor a ação para obter-se liminar de exclusão cadastral.

Esse entendimento estimulava os devedores contumazes a ingressar com qualquer ação, alegando qualquer tese absurda e apostando na morosidade da Justiça, para

pleitearem uma tutela antecipada que lhes assegurassem retirar o seu nome dos cadastros de proteção ao crédito. Com isso, poderiam obter mais crédito e se tornarem novamente inadimplentes, lesando o sistema financeiro nacional e seus credores em particulares. Esse entendimento, portanto, estimulava a demanda desarrazoada e irresponsável, pois premiava quem nela se aventurasse, principalmente de má-fé¹⁴⁸.

Posteriormente, o STJ redimiou-se desse entendimento, mudando sua jurisprudência para admitir a exclusão do cadastro de inadimplentes apenas em casos excepcionais, com o depósito da parcela incontroversa e demonstração de *fumus boni juris* nas alegações do devedor¹⁴⁹.

O princípio da eficiência cria não só um direito à sua observância, mas também um dever das partes de se comportarem de acordo com os valores que nele estão encarnados. Este caso demonstra com propriedade como a jurisprudência é importante para evitar o abuso do direito de ação, em franca contrariedade ao direito material. Permitir que a mera propositura de uma ação fosse suficiente para retirar o nome do autor dos cadastros de inadimplentes deixava o sistema de concessão do crédito na sociedade desguarnecido, sujeito à má-fé de aventureiros, irresponsáveis, contrariando a eficiência sob a perspectiva da segurança jurídica no trato negocial.

¹⁴⁸ Como advogado da Caixa Econômica Federal, tive oportunidade de observar diversas ações em que empresas tomavam dinheiro emprestado, não pagavam nem a primeira parcela do débito e logo questionavam no Poder Judiciário a correção do cálculo do débito, pleiteando tutela antecipada para terem seu nome excluído dos cadastros de inadimplentes. Veja-se julgado representativo deste entendimento: “Medida cautelar. Efeito suspensivo. Recurso especial. Ação revisional. SERASA e SPC. Referenda-se a liminar, considerando a jurisprudência da Corte, no sentido de que a discussão do débito em juízo obsta a inscrição do nome do devedor junto a cadastros de inadimplentes.” (STJ, MC 6518/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, v.u., DJ 25/08/2003 p. 295.)

¹⁴⁹ Nesse sentido: “RECURSO ESPECIAL. INSCRIÇÃO DO NOME DO DEVEDOR EM ÓRGÃO RESTRITIVO DE CRÉDITO. TUTELA ANTECIPADA. REQUISITOS. - Vedada, em sede de recurso especial, a reapreciação e desconstituição das premissas fáticas firmadas pelas instâncias ordinárias, a teor do verbete n. 7 da Súmula do STJ. - Conforme recente orientação da Segunda Seção desta Corte, no julgamento do REsp n. 527.618-RS, o impedimento de inscrição do nome do devedor nos cadastros de proteção ao crédito deve ser aplicado com cautela, segundo o prudente exame do juiz, atendendo-se às peculiaridades de cada caso. Para tanto, deve-se ter, necessária e concomitantemente, a presença desses três elementos: a) que haja ação proposta pelo devedor contestando a existência integral ou parcial do débito; b) que haja efetiva demonstração de que a contestação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; c) que, sendo a contestação apenas de parte do débito, deposite o valor referente à parte tida por incontroversa, ou preste caução idônea, ao prudente arbítrio do magistrado. Recurso especial não conhecido.” (STJ, REsp 551682/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Cezar Asfor Rocha, v.u., DJ 19/04/2004 p. 205).

Outros casos e teses se enquadram na mesma situação. Imagine-se uma pessoa que está devendo muito dinheiro a diversos credores e não está nem um pouco preocupada com isso. Por isso, não paga, não quer pagar e não vai pagar as suas dívidas. Ela pode ir presa por suas dívidas? Não, conforme art. 5.º, inciso LXVII: “*Não haverá prisão civil por dívida.*”

Se essa pessoa for devedora profissional, já terá desviado seus bens para o nome de amigos, parentes ou pessoas jurídicas “fantasmas”, com o respaldo técnico de profissionais dedicados à “proteção patrimonial”, que nada mais significa do que esconder bens de credores, atribuindo ficticiamente a propriedade de tais bens em nome de outras pessoas, vulgarmente denominadas de “laranjas”.

Imaginemos que essa pessoa, devedora contumaz e convicta, não tenha tal nível de desprendimento, conhecimento e astúcia, vindo a ter seus bens pessoais constrictos por uma penhora. Tratando-se de pessoa jurídica, afora bens imóveis, poderão ser penhorados carros, máquinas, utensílios, produtos de fabricação própria (indústria) ou de terceiros (comércio); sendo pessoa física, veículos, utensílios domésticos (salvo bens de família), produtos da sua eventual atividade comercial em nome próprio. Imaginemos que, após muito custo pessoal esforço do credor, tenham sido penhorados bens do devedor insolvente e despreocupado.

Vamos supor que, nesse quadro, aconteça o que normalmente acontece na prática: os bens penhorados ficam sob o depósito do próprio devedor. Esse devedor, que tem o depósito de seus bens, tem todo o interesse em procrastinar o máximo possível a execução. Ocorre que, atualmente, ele não precisa nem se preocupar com a guarda física dos bens; nem precisa se dar ao trabalho de inventar uma desculpa qualquer para o sumiço dos bens, como um boletim de ocorrência falso de furto ou roubo dos mesmos. Ele pode simplesmente vender os bens, sonegando o nome e endereço do comprador, bem como dizer ao juiz: “vendi mesmo os bens dos quais era depositário”.

Esse é o reflexo de recente orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal: o depositário judicial não pode ser preso se desaparecer com os bens depositados¹⁵⁰.

Quer dizer, o sujeito que já devia e não dava a mínima importância para isso, investido no encargo de depositário judicial e vindo a desonrá-lo, terá como única sanção para o seu ato de manifesto descaso e irresponsabilidade o fato de que continuará devendo.

Veja-se que, para esse tipo de devedor contumaz, uma pena de litigância de má-fé não incomoda em nada. O sujeito já está devendo, não paga e não vai pagar, ao menos não por livre e espontânea vontade. O S.T.F. estimula a irresponsabilidade das

¹⁵⁰ Confira-se parte da decisão tomada pelo Min. Celso de Mello no HC 98893 MC/SP: “E M E N T A: “HABEAS CORPUS”. PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO JUDICIAL. A QUESTÃO DA INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA. TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. A JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ILEGITIMIDADE JURÍDICA DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. - Não mais subsiste, no modelo normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário, como o é o depósito judicial. Incabível, desse modo, no sistema constitucional vigente no Brasil, a decretação de prisão civil do depositário infiel Doutrina. Precedentes. DECISÃO: Trata-se de “habeas corpus”, com pedido de medida liminar, impetrado contra decisão emanada de eminente Ministro do E. Superior Tribunal de Justiça, que, em sede de idêntico processo (HC nº 108.025/SP), negou seguimento ao “writ” constitucional deduzido perante aquela Alta Corte (fls. 46/47), mantendo a decisão denegatória proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos autos do HC nº 7.211.878-6 (fls. 43/44). Pretende-se, nesta sede processual, a concessão da ordem de “habeas corpus”, para invalidar, ante a sua suposta ilegalidade, o decreto de prisão civil do ora paciente. Nas informações prestadas a fls. 72, o MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da comarca de Itapetininga/SP esclareceu que subsiste, contra o ora paciente, o “decreto de prisão civil”. Sendo esse o contexto, passo a examinar o pedido de medida cautelar. E, ao fazê-lo, entendo plenamente acolhível a pretensão jurídica deduzida na presente causa. Com efeito, o Plenário desta Suprema Corte, no julgamento conjunto do RE 349.703/RS, Rel. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES, do RE 466.343/SP, Rel. Min. CEZAR PELUSO, do HC 87.585/TO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO e do HC 92.566/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, firmou o entendimento de que não mais subsiste, em nosso sistema constitucional, a possibilidade jurídica de decretação da prisão civil do depositário infiel, inclusive a do depositário judicial. Nos julgamentos mencionados, o Supremo Tribunal Federal, ao assim decidir, teve presente o que dispõem, na matéria, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de São José da Costa Rica (Artigo 7º, § 7º) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 11). Em consequência de tais decisões plenárias, esta Suprema Corte, no julgamento do HC 92.566/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, declarou expressamente revogada a Súmula 619/STF, que autorizava a decretação da prisão civil do depositário judicial no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente do prévio ajuizamento da ação de depósito. Vê-se, daí, que a decretação da prisão civil do depositário infiel, inclusive a do depositário judicial, constitui ato arbitrário, sem qualquer suporte em nosso ordenamento positivo, porque absolutamente incompatível com o sistema de direitos e garantias consagrado na Constituição da República e nos tratados internacionais de direitos humanos (HC 89.634/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – HC 94.523/SP, Rel. Min. CARLOS BRITTO – HC 94.695/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 96.234/MS, Rel. Min. MENEZES DIREITO, v.g.) (...)”

pessoas quando permite que alguém que tenha assumido um *múnus público* de depositário judicial e possa deliberadamente descumprir o seu encargo.

Observe-se que a Constituição não mudou, continua a mesma, quando dispõe que “Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel” (CF, art. 5º, LXVII). O que mudou foi a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹⁵¹.

Ainda que a nova orientação jurisprudencial seja inspirada em motivo nobre, de tutela do *status libertatis*, a conduta praticada pelo depositário infiel é tão grave que a própria Constituição, no rol de direitos e garantias fundamentais, autoriza excepcionalmente a privação da liberdade de quem a praticar. E não se trata de prisão civil por dívida, já que não é pela dívida originária que o sujeito pode ir preso, mas sim da prisão por descumprimento voluntário do encargo público de guarda de bens, assumido perante o Estado, encarnado no órgão judiciário.

Resultado: o depositário está livre para a infidelidade, pode enriquecer com a venda dos bens guardados em sua confiança, já que nada de mais grave irá lhe acontecer.

Esta interpretação do sistema processual contraria o princípio da eficiência w por isso está equivocada, de modo que o depositário infiel só poderia se isentar da prisão civil caso a perda da posse do bem ocorresse sem sua culpa ou dolo.

Vejamos um tema sob apreciação da Justiça do Trabalho. As grandes empresas, com centenas ou milhares de funcionários, passando por problemas momentâneos ou então querendo diminuir sua mão de obra, costumam instituir para seus empregados a possibilidade de aderirem a um plano de demissão voluntária (conhecido pelas siglas PDV ou PADV). Trata-se de um distrato do contrato de trabalho, com

¹⁵¹ Este fenômeno recebe da doutrina o nome de mutação constitucional. Ela ocorre quando há uma mudança no modo de interpretar e aplicar a Constituição pelo Poder Judiciário sem que tenha havido qualquer alteração formal no texto da Constituição. O que sucede, na verdade, é uma mudança de entendimento sobre as normas constitucionais.

condições normalmente bastante vantajosas para aqueles empregados que, por um projeto pessoal de vida, queiram deixar os quadros de funcionários da empresa¹⁵². Nesses contratos de PDV, há uma cláusula pela qual o empregado, recebendo os valores e vantagens propostos, se dá por satisfeito de qualquer verba de natureza trabalhista a que teria direito, nada mais tendo a reclamar a qualquer título.

Alguns empregados, contudo, após livremente aderirem ao PDV, moveram reclamação trabalhista pleiteando a nulidade do distrato, sustentando a violação de direitos irrenunciáveis ao trabalhador e pleiteando a condenação da empresa em todas as verbas rescisórias que possam pedir, como se foram demitidos sem justa causa. A Justiça do Trabalho passou a acolher tais pedidos, declarando incidentalmente a nulidade do PDV¹⁵³.

Até aqui, não há problema algum. A Justiça do Trabalho analisava um contrato e reputava-o nulo, pelos princípios que regem as relações trabalhistas. Não cabe aqui discutir se acertada ou não essa posição de desprestígio contratual, tutelando alguém que quer livremente sair da relação de emprego. Contudo, ao invés de compensar o que o trabalhador havia recebido pela adesão com o PDV, relativamente ao valor total da condenação imposta em juízo, as decisões da Justiça do Trabalho impediam a compensação, asseverando que o empregador tinha pago o valor “por mera liberalidade”, como uma “gratificação”.

Quer dizer, o reclamante não devolvia nada do que tinha recebido pela adesão ao PDV e ainda recebia livremente todas as verbas trabalhistas reconhecidas pela decisão judicial. Assim, por exemplo, um empregado que tivesse aderido ao PDV e recebido a quantia de R\$ 55.000,00 (cinquenta e cinco mil reais), mas posteriormente ingressado em juízo, alegando nulidade do distrato e obtendo decisão que reconhecesse a referida nulidade e condenasse a empresa ao pagamento de R\$ 130.000,00 (cento e trinta

¹⁵² No mês de janeiro de 2009, diante da crise econômico financeira que se abateu sobre todo o mundo e devido ao excesso de estoque de veículos, a WOLKSWAGEN ofereceu plano de demissão voluntária a seus empregados que, dentre outras condições, fixava o pagamento de 2,2 salários (dois inteiros e dois décimos) por ano trabalhado para aqueles que aderissem ao acordo. Notícia extraída de <http://www.estadao.com.br/noticias/economia,volkswagen-esclarece-que-pdv-foi-aberto-esta-semana,307225,0.htm>, acesso em 31.07.2009.

mil reais), receberia esse valor livremente, sem a compensação dos R\$ 55.000,00 (cinquenta e cinco mil reais) recebidos pelo distrato taxado de nulo¹⁵⁴.

Essa posição estimula demandas desarrazoadas (mesmo sem razão, vale a pena mover a ação), a irresponsabilidade na condução dos próprios negócios e a má-fé. Isso porque, pelo seu teor, sempre valerá a pena aderir a um PDV, com expressa quitação de todos os direitos trabalhistas pendentes, para logo em seguida reclamar pela sua nulidade perante o Poder Judiciário, já que o empregado receberá as verbas do PDV como “mera liberalidade”, a despeito da quitação expressa que dá, recebendo também as verbas decorrentes da condenação judicial, sem nenhuma compensação. Aquele que simplesmente assinar o seu pedido de demissão, quando aberto um PDV, será taxado de bobo ou burro perante os colegas, porque deixará de perceber as substanciosas quantias pagas a título desse programa.

Quer dizer, assim que assinar o PDV com cláusula de quitação, o empregado pode imediatamente mover ação na Justiça do Trabalho e pedir a sua nulidade. Até aí, está respaldado pelo direito de ação. Mesmo o próprio reconhecimento da nulidade do PDV não causa espécie, dado o caráter marcadamente protetivo que inspira as relações jurídicas trabalhistas; faz parte do jogo. Todavia, avançar disso para impedir a compensação dos valores recebidos pelo empregado, é uma posição jurisprudencial que motiva as pessoas a

¹⁵³ Isso aconteceu muito com a Caixa Econômica Federal, em que atuei como advogado entre 2001/2003.

¹⁵⁴ Neste sentido: “Os créditos trabalhistas reconhecidos em juízo não são passíveis de compensação com a indenização paga em decorrência de adesão do trabalhador a Programa de Incentivo à Demissão Voluntária (PDV).” (TRT – 2.^a Região, processo n.º 02233-2002-462-02-00-5, Rel. Des. ANA MARIA CONTRUCCI BRITO SILVA, publicado em 16.09.2008); “Indenização paga em razão da adesão a PDV. Incabível. A compensação é cabível quando as dívidas forem líquidas, vencidas e da mesma natureza, nos termos do art. 369 do Código Civil. Tais condições não se fazem presentes no tocante ao pagamento de indenização pela adesão a PDV.” (TRT 2.^a Região, processo n.º 00508-2006-064-02-00-0, Rel. Des. IVANI CONTINI BRAMANTE, publicado em 15.08.2008); “A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho ante a adesão do empregado a plano de demissão voluntária implica quitação exclusivamente das parcelas e valores constantes do recibo” (OJ 270 SDI-1 TST). O efeito liberatório amplo obsta o direito de ação do trabalhador. Não há cogitar de compensação, tendo em vista a natureza diversa das verbas, pois os valores recebidos a maior têm objetivo de estimular o empregado a desligar-se da empresa, com redução da folha de pagamentos. Recurso Ordinário não provido.” (TRT 2.^a Região, processo n.º 01247-1998-462-02-00-4, Rel. Des. DAVI FURTADO MEIRELLES, publicado em 22.10.2007); “Transação extrajudicial. Adesão ao PDV. Eletropaulo. A coexistência de quitação sob ressalva com o pagamento das parcelas de estímulo à demissão, coloca os valores assim atribuídos como prêmio, não como prestação que visava quitar acima daquilo que se fez restringir. Compensação indeferida.” (TRT 2.^o Região, processo n.º 01048-1997-040-02-00-5, Rel. Des. RAFAEL E. PUGLIESE RIBEIRO, publicado em 21.05.2004).

firmarem um contrato para logo em seguida pleitearem em juízo a sua completa desvirtuação, de uma transação para prevenir litígio judicial a um contrato de doação.

É absurdo falar em “mera liberalidade” ou “gratificação” se o contrato contempla expressamente que o valor pago abrange todos os direitos que o trabalhador teria direito de reclamar judicialmente, nada mais tendo a reclamar a esse título. É um atentado à idéia de boa-fé objetiva. Não tem sentido afirmar que a empresa institui o PDV como estímulo para os empregados deixarem a empresa, pagando generosas quantias por isso a troco de nada, quando ela tem o poder potestativo de demitir unilateralmente os seus empregados.

Esse tipo de entendimento criou duas situações de empregado. Aquele que, consciente do seu desejo de largar a empresa, preferia pedir demissão sem aderir ao PDV, por considerá-lo pouco proveitoso aos seus interesses, por supor que receberia valor maior em juízo, simplesmente não aderindo à proposta de distrato. Esse recebia o valor da condenação imposta pelo juízo. O outro trabalhador era o que adería ao PDV, assinando cláusula expressa de nada mais reclamar em juízo a título de verba trabalhista, mas que depois propunha demanda judicial pedindo a sua nulidade. Esse recebia o valor do PDV mais o montante da condenação imposta pelo juízo, o qual ignorava completamente o valor prévio já recebido pelo empregado.

Esse tipo de orientação jurisprudencial prestigia a má-fé e não se coaduna com o princípio da eficiência sob o aspecto de segurança jurídica, quanto à estabilidade das relações jurídicas entre as partes.

A mesma idéia crítica com relação à jurisprudência vem mencionada por Araken de Assis, verbis:

“Às vezes, a própria Justiça Pública estimula indiretamente o número de litígios, rejeitando mecanismos legais que dissuadem o ingresso em juízo. Um exemplo eloqüente vem a tona. O art. 131, § 2.º, da Lei 9.503/1998 (Código de Trânsito Brasileiro) exige o prévio pagamento das multas de trânsito pendentes para o proprietário licenciar seu veículo, e, conseqüentemente, trafegar legitimamente nas ruas e rodovias. O

dispositivo atrai críticas contundentes. Afirma-se que ele é inconstitucional, pois autoriza a realização de um crédito mediante um mecanismo de pressão psicológica (ou paga a multa ou não trafega com o veículo). E afirma-se, também, que a Administração dispõe de outros meios para realizar seus créditos. Ora, o “outro meio” indicado com meias palavras implica a necessidade de a Administração inscrever a multa como dívida ativa e promover contra o proprietário do veículo uma execução forçada. É neste sentido que se estimula a demanda judiciária. O foco não consiste em prestigiar o cumprimento das obrigações, mas em frustrá-las, concebendo-se expediente para obrigar o credor a pleitear em juízo¹⁵⁵.”

Na execução, uma medida para estimular o dever de cooperação e promoção da efetividade consiste em intimar o devedor para que informe quais são seus rendimentos, onde mora, quais são seus bens e seus valores, consignando que, na falta de resposta, ou caso se verifique posteriormente que a resposta é falsa, o devedor será multado em 20 % (vinte por cento) sobre o valor atribuído à causa. Cria-se um ônus ao devedor de falar a verdade no processo em prol da satisfação de um direito líquido, certo e exigível, materializado em título executivo.

Ainda na execução, a atual jurisprudência entende que a interposição de exceção de pré-executividade, ou objeção de pré-executividade¹⁵⁶, caso implique a extinção do processo de execução, impõe o pagamento de verba honorária pelo exequente em prol do executado; todavia, caso seja rejeitada, mantendo-se o processo executivo, os honorários de sucumbência seriam indevidos¹⁵⁷.

¹⁵⁵ (ASSIS, Araken de. *Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil*. In Processo e Constituição, estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, coord. São Paulo: RT, 2006; p. 200)

¹⁵⁶ A chamada “exceção de pré-executividade”, que não tem regulamentação legal, cuja denominação foi dada pela prática forense, nada mais é do que uma petição dirigida ao juízo da execução na qual o executado pretendia demonstrar de plano, sem qualquer necessidade de prova, a inviabilidade da execução. Justamente por veicular matéria de ordem pública, que poderia ser conhecida de ofício pelo magistrado, é que sua admissão foi tolerada; devido à restrição quanto ao seu objeto, pertinente à inexistência das condições da ação ou pressupostos processuais, há quem a denomine de “objeção de pré-executividade”.

¹⁵⁷ Confira-se: “A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que não obstante a exceção de pré-executividade se trate de mero incidente processual na ação de execução, o seu acolhimento com a finalidade de declarar a ilegitimidade passiva ad causam do recorrente torna cabível a fixação de honorários advocatícios, ainda que tal ocorra em sede de agravo de instrumento.” (STJ, REsp884389 / RJ, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe de 29.06.2009); “Não cabe a condenação em honorários advocatícios quando, em sede de execução fiscal, o incidente de exceção de pré-executividade, eventualmente suscitado, for rejeitado e a ação executiva tiver prosseguimento. Precedentes da Primeira Seção.” (STJ, AgRg no REsp 1108931 / MG, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 27.05.2009); “Esta Corte possui o entendimento de que a exceção de pré-executividade rejeitada não impõe ao excipiente condenação em ônus sucumbenciais, pois, nesse caso, há o prosseguimento da execução.” (STJ, AgRg no REsp 1097822 / RS, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 04.05.2009); “1. A sucumbência, por força da exceção de pré-

Ao tempo em que se discute a exceção de pré-executividade como fator que emperra a celeridade no trâmite da execução, esse entendimento jurisprudencial acaba por estimular o devedor a interpor exceções de pré-executividade, fazendo-as proliferar na praxe judiciária. Se não há nenhuma sanção para a sucumbência, o devedor pode se sentir autorizado a interpor seguidas e infundadas exceções de pré-executividade, sempre com o fim de procrastinar o andamento do feito.

Além disso, esse entendimento não se coaduna com o princípio de igualdade no tratamento entre as partes, porque pune o exequente quando a exceção é acolhida. Se o erro for do exequente, com a extinção da execução pela improcedência, ele é condenado em honorários advocatícios; se um ou mais erros forem praticados pelo executado, com manutenção e desacolhimento das exceções interpostas, este não sofre a mesma condenação. Por um imperativo de igualdade, ou ambas as partes não deveriam ser condenadas em honorários advocatícios, ou ambas as partes deveriam sê-lo, quando ocorrer o acolhimento ou rejeição da exceção de pré-executividade.

A posição mais conforme ao princípio da eficiência, contudo, é a que impõe a condenação em honorários advocatícios tanto numa como noutra hipótese, uma vez que assim se impede o abuso de direito, tanto de ação como de defesa, evitando a propositura de ações ou a veiculação de defesas temerárias.

Registre-se, por outro lado, que muitas posições jurisprudências também estão de acordo com o princípio da eficiência. Vejamos a súmula 308 do STJ, segundo a qual “a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à

executividade, pressupõe extinção total ou parcial da execução, não incidindo quando há prosseguimento da execução fiscal, com possibilidade de interposição de embargos à execução. 2. A exceção de pré-executividade rejeitada não impõe ao excipiente condenação em ônus sucumbenciais (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 999.417/SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 01.04.2008, DJ 16.04.2008; REsp 818.885/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 06.03.2008, DJ 25.03.2008; EDcl no REsp 698.026/CE, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 15.12.2005, DJ 06.02.2006; e AgRg no Ag 489.915/SP, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 02.03.2004, DJ 10.05.2004).” (STJ, REsp 806362 / PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 06.10.2008).”

celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.”

Se a jurisprudência aplicasse cegamente o direito de seqüela¹⁵⁸, inerente aos direitos reais em garantia, a solução seria considerar que a hipoteca existente sobre um terreno, dada pelo construtor ao agente financeiro, abrangeria todas as unidades habitacionais construídas sobre o mesmo. Com isso, muitos consumidores adquirentes de imóveis, mesmo que tivessem pago tudo o que fosse devido pelo contrato de compra e venda ou compromisso de compra e venda, estariam ainda sujeitos a perderem o bem adquirido caso a construtora, de boa ou má-fé, deixasse de pagar a sua dívida com a instituição financeira pelo financiamento para realizar a construção. A consequência seria a insegurança do sistema, a falta de confiança dos adquirentes na solidez da aquisição da propriedade, sempre a depender da boa vontade, honestidade ou boa gerência da construtora responsável. O sistema econômico habitacional padeceria de risco constante, abalando a fé que o consumidor deve depositar nele para o seu desenvolvimento constante.

O entendimento fixado nessa súmula, por sua vez, não deixa desamparada a instituição financeira, mas sim a obriga a não ser negligente, a tomar medidas mais efetivas para o recebimento do seu crédito, como, por exemplo, analisar melhor o histórico e as condições financeiras da construtora a quem vai conceder o crédito; condicionar a venda de unidades imobiliárias à sua aprovação, evitando que a inadimplência dos adquirentes possa lesar a saúde financeira da construtora em si; obrigar contratualmente a que o pagamento das prestações dos adquirentes seja depositada diretamente em favor da instituição financeira e não da construtora, a fim de se compensar o débito desta com aquela.

Essa súmula merece todos os aplausos e promove adequadamente o princípio da eficiência, já que garante a segurança jurídica nos negócios de aquisição

¹⁵⁸ Nos termos do art. 1.419 do Código Civil, “Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação.”; já conforme os artigos 1479 e 1480 do mesmo diploma, a exoneração do adquirente de imóvel, quanto à hipoteca que recai sobre ele, pode dar-se ou por abandono do imóvel ou pela remição. Confira-se: “art. 1.479. O adquirente do imóvel hipotecado, desde que não se tenha obrigado pessoalmente a pagar as dívidas aos credores hipotecários,

imobiliária, principalmente para as partes mais desprotegidas, os consumidores, ao mesmo tempo em que inspira na instituição financeira que concede crédito uma postura social mais ativa e mais diligente na sua recuperação.

Não se pretende, neste tópico, relacionar uma a uma todas as orientações jurisprudenciais que estejam ou não de acordo com o princípio da eficiência¹⁵⁹. O objetivo é apenas o de demonstrar a proposição feita inicialmente, qual seja, o de que a jurisprudência põe-se diante de escolhas de interpretação dos textos legais, sendo que suas respectivas decisões devem ser conformes ao princípio da eficiência e isso inclui o estímulo, positivo ou negativo, ao comportamento das partes, para que o amoldem de sorte a prestigiar os valores intrínsecos a este mandamento constitucional.

6.3.2 A interpretação dos textos legais e a escolha de opções à luz do princípio da eficiência

A doutrina hermenêutica discorre sobre métodos de interpretação do texto normativo, discriminando os seguintes: a) interpretação gramatical ou literal: prestigia o sentido do texto que decorre da aplicação das regras gramaticais da língua em que escrito; b) interpretação histórica: procura desvendar o propósito do legislador na criação da norma, investigando seus antecedentes no processo legislativo, ou então verificar como a mesma norma era aplicada em legislação revogada, mas cujo teor se repetiu na norma a ser interpretada; c) interpretação sistemática: procura compreender que a norma jurídica não está isolada; ela se conjuga com outras normas que versam sobre o mesmo tema e todas reunidas formam um sistema, que se pressupõe harmônio e coerente, de modo que, às vezes, a aplicação de uma norma encontra limitações ou se expande pela aplicação de outras normas do sistema¹⁶⁰; d) interpretação teleológica: procura verificar qual é a

poderá exonerar-se da hipoteca, abandonando-lhes o imóvel.”; “art. 1.480. O adquirente notificará o vendedor e os credores hipotecários, deferindo-lhes, conjuntamente, a posse do imóvel, ou o depositará em juízo.

¹⁵⁹ Registre-se que muitas estão. Deu-se um enfoque a orientações jurisprudenciais desvinculadas deste princípio constitucional para realçar a atenção sobre o campo aberto de possibilidades da sua aplicação.

¹⁶⁰ Na realidade, há quem defenda que a construção de uma norma ocorre a partir de diversos enunciados postos de modo esparso no texto legislativo, não havendo uma vinculação necessária entre dispositivo legal e

finalidade da instituição da norma jurídica, fazendo com que sua aplicação atenda a essa finalidade, ainda que isso implique superar limitações do sentido literal do texto¹⁶¹.

A disposição dessas diversas técnicas de interpretação pode conduzir o ato de interpretar o texto a diversos resultados. Diante disso, e arrimada na concepção lingüística de que o texto só existe e só faz sentido a partir da mediação do seu intérprete, a doutrina moderna vem asseverando que a interpretação está eivada de um caráter construtivo e não meramente declaratório do teor do texto legal. Não há mais a resposta correta que estaria entranhada nos recônditos do ordenamento jurídico e o intérprete simplesmente a descobria, revelando-a; ele constrói a resposta que, no seu entender, tenha maior conformidade ao sistema¹⁶².

norma jurídica, de sorte que pode haver mais de uma norma jurídica num único artigo de lei, ou deve-se conjugar vários artigos de lei para extrair uma única norma jurídica.

¹⁶¹ “Quanto aos processos ou métodos de que se serve, a interpretação pode ser: a) gramatical ou filológica; b) lógico-sistemática; c) histórica; d) sociológica. Interpretação gramatical ou filológica é que a toma por base o significado das palavras da lei e sua função gramática. Apoiando-se na gramática, contribui, muitas vezes, para o aperfeiçoamento da redação das leis. É, sem dúvida, o primeiro passo a ser dado na interpretação de um texto. Mas, por si só é insuficiente, porque não considera a unidade que constitui o ordenamento jurídico e sua adequação à realidade social (...) A interpretação lógico-sistemática leva em conta o sistema em que se insere o texto e procura estabelecer a concatenação entre este e os demais elementos da própria lei, do respectivo campo do direito ou do ordenamento jurídico em geral. Em suas diversas modalidades, o método lógico supõe sempre a unidade e coerência do sistema jurídico. A interpretação histórica baseia-se na investigação dos antecedentes da norma. Pode referir-se ao histórico do processo legislativo, desde o projeto de lei, as justificativa ou exposição de motivos, discussão, emendas, aprovação e promulgação. Ou, aos antecedentes históricos e condições que a precederam. Como a grande maioria das normas jurídicas constitui a continuidade ou modificação de disposições precedentes, é de grande utilidade para o intérprete estudar a origem e o desenvolvimento histórico dos institutos jurídicos, para captar o significado exato das leis vigentes. (...) A interpretação histórica baseia-se na adaptação do sentido da lei às realidades e necessidades sociais. Essa adaptação está prevista no art. 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil, que prescreve: ‘Na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum’.” (MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 22.ª ed., com a colaboração de Luiz Antonio Nunes. São Paulo: Editora RT, 1994; pp 373-374)

¹⁶² Calamandrei já intuía isto: “A fundamentação das sentenças é certamente uma grande garantia de justiça, quando consegue reproduzir exatamente, como num esboço topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão. Nesse caso, se a conclusão estiver errada, poder-se-á descobrir facilmente, através da fundamentação, em que etapa do seu caminho o juiz perdeu o rumo. Mas quantas vezes a fundamentação é uma reprodução fiel do caminho que levou o juiz até aquele ponto de chegada? Quantas vezes o juiz está em condições de perceber com exatidão, ele mesmo, os motivos que o induziram a decidir assim?” (...) “Embora se continue a repetir que a sentença pode se reduzir esquematicamente a um silogismo no qual, a partir de premissas dadas, o juiz tira a conclusão apenas em virtude da lógica, às vezes acontece que o juiz, ao formar a sentença, inverte a ordem normal do silogismo; isto é, encontre antes a conclusão e, depois, as premissas que servem para justificá-la.” (...) “As premissas, não obstante seu nome, frequentemente são elaboradas depois – em matéria judiciária, o teto pode ser construído antes das paredes. Com isso, não se quer dizer que o dispositivo surja às cegas e que a fundamentação tenha o único objetivo de mostrar como fruto de rigoroso raciocínio o que, na realidade, é fruto do arbítrio; quer-se dizer apenas que, no julgar, a

Quanto à criação judicial do Direito, incorporamos integralmente as lições de Hans Kelsen, para quem toda produção de ato jurídico toma seu fundamento de validade em norma de escalão superior no sistema, havendo uma relativa indeterminação sobre como o ato inferior deve ser produzido¹⁶³. Essa indeterminação pode ser inclusive intencional, ou seja, deixa-se propositadamente aberta uma margem de discricionariedade ao órgão produtor do ato inferior para que este estabeleça certas condições ou pressupostos para a produção do ato, a fim de que melhor se atenda à finalidade almejada¹⁶⁴.

Kelsen assevera que, na produção do ato inferior – incluindo a sentença, que nutre seu fundamento de validade da Constituição e leis, o ordenamento jurídico abstrato

intuição e o sentimento muitas vezes têm um papel bem maior do que parece a quem vê as coisas de fora. Não é por nada, diria alguém, que sentença deriva de sentir.” (CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Eduardo Brandão (trad.). Tradução da 4ª edição de Elogio de Giudice, publicada em 1959. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1995; pp. 175-177).

¹⁶³ “A relação entre um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica, como a relação entre Constituição e lei, ou lei e sentença judicial, é uma relação de determinação ou vinculação: a norma do escalão superior regula – como já se mostrou – o ato através do qual é produzida a norma do escalão inferior, ou o ato de execução, quando já deste apenas se trata; ela determina não só o processo em que a norma inferior ou o ato de execução são postos, mas também, eventualmente, o conteúdo da norma a estabelecer ou do ato de execução a realizar. Essa determinação nunca é, porém, completa. A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer. Se o órgão A emite um comando para que o órgão B prenda o súdito C, o órgão B tem de decidir, segundo o seu próprio critério, quando, onde e como realizará a ordem de prisão, decisões essas que dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever.” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. João Baptista Machado (trad.) 4ª edição brasileira. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1994; p. 388)

¹⁶⁴ “Daí resulta que todo o ato jurídico em que o Direito é aplicado, quer seja um ato de criação jurídica que seja um ato de pura execução, é, em parte, determinado pelo Direito e, em parte, indeterminado. A indeterminação pode dizer respeito tanto ao fato (pressuposto) condicionante como à consequência condicionada. A indeterminação pode mesmo ser intencional, quer dizer, estar na intenção do órgão que estabeleceu a norma a aplicar. Assim, o estabelecimento ou fixação de uma norma simplesmente geral opera-se sempre – em correspondência com a natureza desta norma geral – sob o pressuposto de que a norma individual que resulta da sua aplicação continua o processo de determinação que constitui, afinal, o sentido da seriação escalonada ou gradual das normas jurídicas. Uma lei de sanidade determina que, ao manifestar-se uma epidemia, os habitantes de uma cidade têm de, sob cominação de uma pena, tomar certas disposições para evitar um alastramento da doença. A autoridade administrativa é autorizada a determinar essas disposições de diferentes maneiras, conforme as diferentes doenças. A lei penal prevê, para a hipótese de um determinado delito, uma pena pecuniária (multa) ou uma pena de prisão, e deixa ao juiz a faculdade de, no caso concreto, se decidir por uma ou pela outra e determinar a medida das mesmas – podendo, para esta determinação, ser fixado na própria lei um limite máximo e um limite mínimo” (idem, p. 388/389).

opera como uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação¹⁶⁵. Isso conduz a diferentes soluções possíveis, mas nenhuma delas que se possa pretender correta.

A decisão do juiz é apenas uma dentre tantas outras que poderiam ser produzidas, com o diferencial de que ele encarna o órgão autorizado e legitimado pelo sistema a decidir sobre o conflito que lhe fora submetido¹⁶⁶. É inegável, contudo, que os

¹⁶⁵ “Simplesmente, a indeterminação do ato jurídico pode também ser a consequência não intencional da própria constituição da norma jurídica que deve ser aplicada pelo ato em questão. Aqui temos em primeira linha a pluralidade de significações de uma palavra ou de uma sequência de palavras em que a norma se exprime: o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se diante de várias significações possíveis. A mesma situação se apresenta quando o que executa a norma crê poder presumir que entre a expressão verbal da norma e a vontade da autoridade legisladora, que se há de exprimir através daquela expressão verbal, existe uma discrepância, podendo em tal caso deixar por completo de lado a resposta à questão de saber por que modos aquela vontade pode ser determinada. De todo o modo, tem de aceitar-se como possível investigá-la a partir de outras fontes que não a expressão verbal da própria norma, na medida em que possa presumir-se que esta não corresponde à vontade de quem estabeleceu a norma. Que a chamada vontade do legislador ou a intenção das partes que estipulam um negócio jurídico possam não corresponder às palavras que são expressas na lei ou no negócio jurídico, é uma possibilidade reconhecida, de modo inteiramente geral, pela jurisprudência tradicional. A discrepância entre vontade e expressão pode ser completa, mas também pode ser apenas parcial. Este último caso apresenta-se quando a vontade do legislador ou a intenção das partes correspondem pelo menos a uma das várias significações que a expressão verbal da norma veicula. A indeterminação do ato jurídico a pôr pode finalmente ser também consequência do fato de duas normas, que pretendem valer simultaneamente – porque, v.g., estão contidas numa e mesma lei –, contradizerem total ou parcialmente. *O Direito a aplicar como uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação*. Em todos estes casos de indeterminação, intencional ou não, do escalão inferior, oferecem-se várias possibilidades à aplicação jurídica. O ato jurídico que efetiva ou executa a norma pode ser conformado por maneira a corresponder a uma ou outra das várias significações verbais da mesma norma, por maneira a corresponder à vontade do legislador – a determinar por qualquer forma que seja – ou, então, à expressão por ele escolhida, por forma a corresponder a uma ou a outra das duas normas que se contradizem ou por forma a decidir como se as duas normas em contradição se anulassem mutuamente. O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.” (idem, pp. 389-390).

¹⁶⁶ “Se por ‘interpretação’ se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, consequentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que ela representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral. A jurisprudência tradicional crê, no entanto, ser lícito esperar da interpretação não só a determinação da moldura do ato jurídico a pôr, mas ainda o preenchimento de uma outra e mais ampla função – e tem tendência para ver precisamente nesta outra função a sua principal tarefa. A interpretação deveria desenvolver um método que tornasse possível preencher ajustadamente a moldura prefixada. A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta (ajustada), e que a “justeza” (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão somente de um ato intelectual de clarificação e compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de

diferentes métodos de interpretação conduzem a diferentes resultados, sendo inútil querer fundamentar “juridicamente” uma das interpretações possíveis, com exclusão de todas as demais¹⁶⁷

Assim como o legislador é livre para construir as leis a partir da Constituição, o juiz também é livre para construir a sentença a partir da Constituição e das leis¹⁶⁸.

A diferença do trabalho de ambos não é qualitativa, mas quantitativa, uma vez que o juiz sofre uma vinculação maior na medida em que deve obedecer não só à Constituição, mas também às leis, além do que a sua decisão vincula apenas as partes do processo e não erga omnes, salvo quanto às súmulas¹⁶⁹.

intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo” (idem, pp. 390/391)

¹⁶⁷ “Só que, de um ponto de vista orientado para o Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra. Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como “correta” – desde que, naturalmente, se trate de várias significações possíveis: possíveis no confronto de todas as outras normas da lei ou da ordem jurídica. Apesar de todos os esforços da jurisprudência tradicional, não se conseguiu até hoje decidir o conflito entre vontade e expressão a favor de uma ou de outra, por uma forma objetivamente válida. Todos os métodos de interpretação até o presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto. Fixar-se na vontade presumida do legislador desprezando o teor verbal ou observar estritamente o teor verbal sem se importar com a vontade – quase sempre problemática – do legislador tem – do ponto de vista do Direito positivo – valor absolutamente igual. Se é o caso de duas normas da mesma lei se contradizerem, então as possibilidades lógicas de aplicação jurídica já referida encontram-se, do ponto de vista do Direito positivo, sobre um e o mesmo plano. É um esforço inútil querer fundamentar “juridicamente” uma, com exclusão da outra. (idem, pp. 391/392)

¹⁶⁸ “A idéia, subjacente à teoria tradicional da interpretação, de que a determinação do ato jurídico a pôr, não realizada pela norma jurídica aplicanda, poderia ser obtida através de qualquer conhecimento do Direito preexistente, é uma auto-ilusão contraditória, pois vai contra o pressuposto de uma possibilidade de interpretação. A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam no quadro do Direito a aplicar, a “correta”, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito. A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, no quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através da interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas. (idem, pp. 392/393).

¹⁶⁹ “De certo que existe uma diferença entre esses dois casos, mas é uma diferença somente quantitativa, não qualitativa, e consiste apenas em que a vinculação do legislador sob o aspecto material é uma vinculação muito mais reduzida do que a vinculação do juiz, em que aquele é, relativamente, muito mais livre na criação do Direito do que este. Mas também este último é um criador do Direito e também ele é, nesta função, relativamente livre. Justamente por isso, obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na

Por isso, nesse momento de determinação do ato de escalão inferior – a sentença, o juiz também é um criador do Direito e goza de relativa liberdade, devendo preencher o conteúdo do seu ato conforme a moldura imposta pelo sistema¹⁷⁰.

Se há uma moldura dentro da qual o juiz, como aplicador do Direito, deve se ater na direção do processo, dentro dela está a determinação de se promover, o tanto quanto possível, o valor da eficiência, diante do princípio constitucional que leva o mesmo nome.

O que se preconiza é que, à luz do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, dentre mais de uma escolha de interpretação do texto legislativo,

medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária.” (idem, p. 393)

¹⁷⁰ “Se queremos caracterizar não apenas a interpretação da lei pelos tribunais ou pelas autoridades administrativas, mas, de modo inteiramente geral, a interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do Direito, devemos dizer: na interpretação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. Com esse ato, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicanda. Através desse ato de vontade se distingue a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito de toda e qualquer outra interpretação, especialmente da interpretação levada a cabo pela ciência jurídica. A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito. Na verdade, só se fala de interpretação autêntica quando esta interpretação assuma a forma de uma lei ou de um tratado de Direito internacional e tem caráter geral, quer dizer, cria Direito não apenas para um caso concreto mas para todos os casos iguais, ou seja, quando o ato designado como interpretação autêntica represente a produção de uma norma geral. Mas autêntica, isto é, criadora de Direito é-o a interpretação feita através de um órgão aplicador do Direito ainda quando cria o Direito apenas para um caso concreto, quer dizer, quando esse órgão apenas crie uma norma individual ou execute uma sanção. A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa. Através de uma interpretação autêntica deste tipo pode criar-se Direito, não só no caso em que a interpretação tem caráter geral, em que, portanto, existe interpretação autêntica no sentido usual da palavra, mas também no caso em que é produzida uma norma individual através de um órgão aplicador do Direito, desde que o ato desse órgão já não possa ser anulado, desde que ele tenha transitado em julgado. É fato bem conhecido que, pela via de uma interpretação autêntica desse tipo, é muitas vezes criado Direito novo – especialmente pelos tribunais de última instância. Da interpretação através de um órgão aplicador do Direito distingue-se toda e qualquer outra interpretação pelo fato de não ser autêntica, isto é, pelo fato de não criar Direito. Se um indivíduo quer observar uma norma que regula sua conduta, quer dizer, pretende cumprir um dever jurídico que sobre ele impende realizando aquela conduta a cuja conduta oposta a norma jurídica liga uma sanção, esse indivíduo, quanto tal conduta não se encontra univocamente determinada na norma que tem de observar, também tem de realizar uma escolha dentre diferentes possibilidades. Porém, esta escolha não é autêntica. Ela não é vinculante para o órgão que aplica essa norma jurídica e, por isso, corre sempre o risco de ser considerada como errônea por esse órgão, por forma a ser julgada como delito a conduta do indivíduo que nela se baseou.” (idem, pp. 394/395)

todas possíveis e (aparentemente) legítimas, seja eleita aquela que melhor promove o princípio da eficiência.

Vejam os art. 515, § 3.º, do CPC, que permite o julgamento pelo tribunal de uma causa “madura”: “Nos casos de extinção do processo sem julgamento de mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de julgamento imediato.”

Uma interpretação literal desse dispositivo leva à conclusão de que sua aplicação só é possível quando a causa versar questão exclusivamente de direito, ou seja, quando houver alguma questão de fato, ainda que suficientemente comprovada e desnudada pela prova constante dos autos, o tribunal não poderia julgar o caso e a solução seria a cassação da sentença com o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau¹⁷¹.

Todavia, uma análise sistemática desse dispositivo, conjugando-o com o art. 330 do CPC, que trata do julgamento antecipado da lide, permite conferir-lhe interpretação extensiva, de modo que o julgamento do mérito pelo tribunal ocorra não apenas quando a questão for exclusivamente de direito, mas também quando, sendo de direito e de fato, nenhuma dilação probatória seja necessária, estando o feito suficientemente instruído para apreciação e julgamento das controvérsias de fato¹⁷².

¹⁷¹ Nesse sentido: “Se houve instrução probatória, mesmo encerrada, não se aplica, portando, a regra do art. 515, § 3.º, visto que, havendo provas a analisar, a questão devolvida ao Tribunal não será apenas de direito e, assim, terá de se submeter à apreciação necessária nos dois graus de jurisdição.” (THEORODO JÚNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil anotado*. 11.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007; p. 378)

¹⁷² Nesse sentido: “Observe-se, outrossim, que a lei disse menos do que queria dizer. Isso porque, apesar de o texto falar em questão de direito, o fato é que o referido §3.º do art. 515 do CPC deve ser interpretado em consonância com as regras estampadas no art. 330 do CPC, isto é, aquelas que tratam do julgamento antecipado da lide, especialmente no inciso I. Desta feita, quando a questão de mérito for de direito e de fato, porém não houver mais a necessidade de produzir prova em audiência, não haverá, apesar de extinto o processo sem apreciação do pedido pelo juiz (art. 267, VI, do CPC), qualquer óbice para que o tribunal julgue a lide.” (MIRANDA, Gilson Delgado. *Código de Processo Civil interpretado*. Antônio Carlos Marcato coord. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008; p. 1763); “Embora da norma conste a aditiva “e”, indicando que o tribunal só pode julgar o mérito se a causa for exclusivamente de direito e a causa estiver em condições de julgamento imediato, é possível o julgamento de mérito pelo tribunal, quando a causa estiver madura para tanto. (CPC267 VI). O tribunal, entendendo que as partes são legítimas, pode dar provimento à apelação, afastando a carência e julgando o mérito, pois essa matéria já terá sido amplamente debatida e discutida no processo. Esse é o sentido teleológico da norma: economia processual.” (NERY Jr., NELSON e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006; p. 742)

Sendo as duas interpretações possíveis, evidente que a segunda está muito mais conforme ao princípio da eficiência do que a primeira uma vez que o processo estará desde logo julgado pelas instâncias ordinárias¹⁷³.

Se a causa não precisa passar necessariamente por dois graus de jurisdição quanto ao seu mérito, se a questão for exclusivamente de direito, sendo que nisso não se vislumbra nenhuma lesão a direitos fundamentais de qualquer das partes, então, do mesmo modo e pelo mesmo fundamento, nenhuma razão consistente se opõe à aplicação do mesmo dispositivo se houver questão de fato já resolvida pela prova dos autos. O único empecilho é o sentido literal do texto, cabendo assim, à luz do princípio da eficiência, prestigiar a interpretação sistemática.

Tomemos outro exemplo e vejamos o art. 520 do CPC. Contra sentença cabe apelação que, regra geral, deve ser recebida no efeito suspensivo e devolutivo, ficando suspensa a eficácia da sentença até o julgamento do recurso (*caput* desse dispositivo). Contudo, há exceções, nas quais a apelação deve ser recebida em efeito meramente devolutivo, sendo uma delas a da sentença que julga o processo cautelar (*inciso IV*).

Se o juiz julga formalmente na mesma sentença os dois processos, cautelar e principal, duas interpretações diversas desse dispositivo se tornam possíveis, quanto aos efeitos em que esse recurso deve ser recebido. A primeira interpretação preconiza que, considerando a regra elementar, da teoria geral do direito, de que o acessório segue o principal, a apelação seria recebida integralmente no efeito suspensivo¹⁷⁴.

¹⁷³ O retorno dos autos ao juízo de primeiro grau implicará a prolação de nova sentença, que pode demorar mais de ano, e ainda assim de qualidade técnica duvidosa, porque, se for o mesmo juiz da sentença cassada, já terá manifestado seu entendimento quanto à inviabilidade daquele processo. Depois disso, havendo recurso de apelação, a sentença se submeterá novamente à fila de julgamento de recursos no tribunal ad quem. No Estado de São Paulo, onde é comum as apelações demorem seis anos para serem julgadas, pode ocorrer de a decisão de cassação ocorrer em seis anos e a decisão que julga a segunda apelação demorar mais outros seis, impingindo às partes uma demora insuportável na entrega da jurisdição.

¹⁷⁴ Há farta jurisprudência nesse sentido. Confira-se a colacionada por Nelson e Rosa Nery: “Tratando-se de julgamento simultâneo de ações com recursos de efeitos distintos, mais razoável parece se aplicar ao caso a regra de que o acessório segue o principal. Sendo dupla a eficácia do recurso contra a sentença na ação principal, o lógico é que, na cautelar, sejam igualmente duplos os efeitos. (RT 698/113). No mesmo sentido: RT 641/197, 604/78, 595/139; RJTJSP 98/320; JTACivSP 99/123, 90/157, 75/227; RITJSP 793.” (in NERY Jr., NELSON e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 9. ed. São Paulo: RT,

A segunda interpretação, por sua vez, vislumbra duas sentenças num mesmo ato jurisdicional, que só formalmente é uno; daí, a apelação seria recebida no efeito devolutivo quanto à sentença que julga o processo cautelar e no duplo efeito quanto ao processo principal¹⁷⁵.

Considerando os interesses tutelados pela medida cautelar, de proteção ao direito veiculado no processo principal, conferir efeito suspensivo à sentença que julga procedente a cautelar significa esvaziar completamente a efetividade da medida, desprotegendo o direito material do processo principal. Se a sentença reconhece o *periculum in mora* para conceder a medida cautelar pleiteada, é um suicídio ao aspecto de efetividade do processo deixar suspensa a implementação da medida, se concedida liminarmente, ou postergá-la para após o julgamento da apelação. Mais uma vez, uma interpretação vocacionada à promoção do princípio da eficiência concede efeito meramente devolutivo à apelação, exclusivamente quanto à parte da sentença, formalmente una, que decide sobre a medida cautelar.

Vejamos o art. 306 do CPC; ele dispõe que a exceção de incompetência suspende o processo “até que seja *definitivamente* julgada”. Uma interpretação pautada pelo sentido literal do texto leva a concluir que *julgada em definitivo* significa trânsito em julgado dessa decisão, esgotados os recursos cabíveis, tornando-a imutável. Todavia, se vingasse tal entendimento, o processo levaria anos apenas para se decidir sobre a eventual incompetência relativa do juízo, uma vez que esta simples decisão interlocutória poderia ensejar uma cadeia de múltiplos recursos, alcançando até as instâncias extraordinárias. Diante disso, numa interpretação – que se pode dizer sistemática – acabou prevalecendo na jurisprudência, com o entendimento de que a suspensão do processo perduraria apenas até o

2006; p. 753). Ressalte-se que esse é o entendimento de jurisprudência que eles mencionaram e não o entendimento destes doutrinadores; eles sustentam a posição contrária, abaixo transcrita.

¹⁷⁵ “A ação cautelar, antecedente ou incidente, deve ser extinta por meio de sentença, dada a autonomia procedimental do processo cautelar, relativamente ao de conhecimento e de execução. Esta sentença enseja apelação recebida apenas no efeito devolutivo, em virtude da urgência, ínsita à ação e à medida cautelar. Caso o juiz, com evidente erro de técnica, julgue a cautelar e a principal na mesma sentença, a apelação que impugnar a sentença relativamente a ambas as ações deve ser recebida: a) no efeito apenas devolutivo, quanto à parte que impugnar a cautelar; b) nos efeitos legais quanto à parte que impugnar a ação principal, que podem ser duplos (suspensivo e devolutivo) ou simples (apenas devolutivo).” (idem, p. 751). Julgado recente

julgamento da exceção de incompetência pelo juízo de primeiro grau, uma vez que o recurso contra esta decisão (o agravo de instrumento) não tem efeito suspensivo¹⁷⁶.

Esse entendimento foi um alento para a celeridade do processo. Não fosse por ele, o réu poderia atravancar a marcha processual com uma simples exceção de incompetência. Saliente-se que, mesmo que a exceção seja acolhida em grau de recurso, todos os atos de instrução do processo podem ser mantidos; remetendo-se os autos ao juízo competente, basta ele ratificar ou modificar os atos decisórios, sem o perigo de se perder todo o trabalho já desenvolvido.

A escolha de interpretações possíveis também deve levar em conta eventual conflito interno dos valores inerentes ao princípio da eficiência, sopesando qual deles deve prevalecer.

Vejamos o art. 191 do Código de Processo Civil. Eis a sua redação: “Quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores, ser-lhes-ão contados em dobro os prazos os prazos para contestar, para recorrer e, de modo geral, para falar nos autos.” A regra é simples e pode ser representada na fórmula matemática: *se A → B* (a ocorrência do fato “A” implica a consequência “B”). Se no processo houver litisconsortes com diferentes procuradores, isso implica que eles terão prazo em dobro.

Há dois entendimentos do Superior Tribunal de Justiça que deram uma interpretação peculiar a esse dispositivo. No primeiro deles, sustenta-se que, se as partes têm diferentes procuradores, mas só uma delas manifesta recurso, a partir daí o prazo passa a ser simples; então, se um dos réus apela e outro não, sendo a sentença mantida, o prazo

do STJ agasalhou esta tese; trata-se do REsp Nº 663.570 – SP, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe de 18.05.2009.

¹⁷⁶ Firme a jurisprudência nesse sentido, como anota Theotonio Negrão: “A suspensão do processo é automática e vigora até que a exceção seja julgada em primeiro grau de jurisdição (RT 511/190, 522/129, 572/49, RJTJESP 88/294, 103/281, JTJ 174/184, JTA 59/96, 111/240, RF 264/251), pois ‘o recurso cabível da decisão que a julga (agravo de instrumento) não tem efeito suspensivo (TFR – 4.^a Turma, Ag. 53.658-SP, Rel. Min. Antonio de Pádua Nogueira, j. 21.10.87, negaram provimento, v.u., DJU 19.11.87, p. 25.839; no mesmo sentido: Lex-JTA 149/59).” (NEGRÃO, Theotônio. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 33.^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002; p. 394)

para interpor recurso especial não seria mais dobrado¹⁷⁷. No segundo deles, sustenta-se que, mesmo que o feito conte com litisconsortes representados por diferentes procuradores, o prazo em dobro deixa de existir se apenas um deles sucumbir na causa, sendo o único com interesse em recorrer¹⁷⁸.

Essas exceções na aplicação do art. 191 do CPC não constam da literalidade desse dispositivo; decorrem de entendimento judiciário. O problema é que a parte, quando se escora num direito processual conferido por lei, prevê que o mesmo será obedecido se preenchido o requisito objetivo, qual seja: litisconsortes com diferentes procuradores, prazo em dobro.

Qualquer interpretação que se divorcia do teor literal desse dispositivo acaba colhendo de surpresa a parte desavisada, que não teve a sorte de conhecer a jurisprudência desse específico dispositivo. Tais decisões, desse modo, geram um déficit em termos de previsibilidade comportamental da parte. Ao mesmo tempo em que prestigiam o princípio da eficiência pela celeridade, ofendem-no sob a perspectiva de segurança jurídica.

¹⁷⁷ Nesse sentido: “PROCESSUAL CIVIL. INTERPRETAÇÃO DO ART. 191, DO CPC. 1. Em caso de, apenas, um dos litisconsortes manifestar recurso, transitando em julgado a decisão para os demais, o prazo, daí em diante, torna-se singelo, não se aplicando a regra do art. 191, do CPC. 2. Precedentes jurisprudenciais: RSTJ 112/127; RSTJ 25/30; STJ-RT 712/289; RTJ 159/337; STF-RT 722/356; RSTJ 95/337; STF - 1ª T. Ag. 87.708-8, AgReg., RJ, Rel. Min. Oscar Correa, j. 5.11.82, DJU de 10.12.82, p. 12.789; STJ - 3ª T., REsp 2727/RJ, Rel. Min. Nilson Naves, j. 25.9.90, DJU 22.10.90, p. 11.662; STJ - 2ª T., Ag. 186592, Rel. Min. Adhemar Maciel, j. 22.10.98, negaram provimento, DJU 22.2.99, p. 96; STJ - 3ª T., REsp 4.148-0/SP, Edcl-Edcl, Rel. Min. Costa Leite, j. 26.9.95, DJU 23.10.95, p. 35661 (Os registros jurisprudenciais foram colhidos da obra de Theotônio Negrão, “Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor”, 31ª edição, notas ao art. 191). 3. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no AgRg nos EREsp 162153/SP, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/05/2000, DJ 26/06/2000 p. 132)”. Merece objeção a assertiva contida no acórdão de que, se apenas um dos litisconsortes recorre, a decisão desfavorável transita em julgado para os demais. Isso porque, nos termos do art. 509 do CPC, “O recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses. Parágrafo único. Havendo solidariedade passiva, o recurso interposto por um devedor aproveitará aos outros, quando as defesas opostas ao credor lhes forem comuns.”

¹⁷⁸ Nesse sentido: “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL INTEMPESTIVO. LITISCONSÓRCIO. SUCUMBÊNCIA DE APENAS UMA DAS PARTES. NÃO APLICAÇÃO DO ART. 191 DO CPC. 1. O prazo em dobro para recorrer somente se aplica quando persistir o interesse em recorrer para todos os litisconsortes com diferentes procuradores. Se apenas um dos litisconsortes sucumbiu, desaparece a regra do art. 191 do Código de Processo Civil.” (STJ, AgRg no Agravo de Instrumento Nº 768.334 – RJ, Rel. Min. VASCO DELLA GIUSTINA - DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS – DJ 26.05.2009).

Decerto que o princípio da eficiência pode ser afastado por outras normas jurídicas que, a depender da situação e da ponderação dos bens jurídicos envolvidos, façam com que a decisão prestigie outros valores agasalhados pelo sistema. Contudo, nesse caso do art. 191 do CPC, as exceções que lhe foram criadas não promovem valor algum fora do princípio da eficiência. Há um choque concreto dos valores que lhe são inerentes.

Nestes casos concretos, o máximo que se poderia argumentar em favor das exceções criadas pela jurisprudência seria o ganho de tempo decorrente da retirada do prazo em dobro, aumentando a celeridade da tramitação do feito; mas, num quadro de crise crônica de celeridade no desenvolvimento dos processos, decorrente não dos prazos legais para a sua tramitação, mas da total inobservância dos mesmos por parte do Poder Judiciário, o ganho proporcionado com tais entendimentos é tão ínfimo, de alguns dias, que praticamente não faz diferença. A solução dada não se justifica, só por isso, levando em contra o imenso transtorno decorrente do desrespeito à segurança jurídica para a parte litigante prejudicada, que certamente foi colhida com total surpresa na interpretação inovadora desse dispositivo legal.

Embora sejam respeitáveis as interpretações empreendidas pela jurisprudência, as exceções que criaram à literalidade do art. 191 do CPC sacrificam o princípio da eficiência sem qualquer justificativa firme o bastante para isso. Desse modo, são equivocadas, cabendo-lhe revisar esses entendimentos para acolher uma interpretação ligada à literalidade do texto, porque é ela que, quanto a esse dispositivo, prestigia o princípio da eficiência.

Observe-se que, no caso do art. 306 do CPC, a jurisprudência não se apegou à literalidade do texto e concordamos inteiramente com isso. A diferença entre esses dois dispositivos é que, se fosse observada a literalidade do texto desse último, nenhum direito seria protegido, nenhum benefício lícito seria agregado, nenhum valor digno de tutela seria protegido; haveria apenas uma lesão absurda e injustificada à celeridade do processo pela suspensão do feito até a decisão definitiva sobre o incidente concernente à incompetência relativa.

Todos esses exemplos servem para fixar uma regra de interpretação, presente na moldura normativa sobre a qual o juiz do processo irá trabalhar: a escolha da exegese do texto legislativo deve ser a mais compatível possível com o princípio da eficiência. Isso significa que deve haver uma preocupação com os efeitos práticos de se adotar uma interpretação “a” ou “b” do texto legal, sendo mais conforme à Constituição a interpretação que, respeitados outros valores do sistema, maximize o princípio da eficiência¹⁷⁹.

Há uma porta aberta no sistema jurídico que permite a criação normativa pela jurisprudência; não se trata de gostar disso ou não, mas simplesmente constatar que o ato de interpretação enseja naturalmente uma atividade criativa. Se o limite dessa criação é o texto legal, a começar pela Constituição, então essa atividade exegética deve ser orientada pelos valores constantes desses textos, o que autoriza a concluir: existe um dever de promoção do princípio da eficiência pela via da interpretação¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Essa preocupação de se adotar uma interpretação “consequencialista” foi enfatizada por Alexandre Aragão, verbis: “Os resultados práticos da aplicação das normas jurídicas não constituem preocupação apenas sociológica, mas, muito pelo contrário, são elementos essenciais para determinar como, a partir destes dados empíricos, devam ser interpretadas (ou reinterpretadas), legitimando a sua aplicação.” (ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Interpretação Consequencialista e Análise Econômica do Direito Público à luz dos Princípios Constitucionais da Eficiência e da Economicidade*, in Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento e Gustavo Binenbojm, coord. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris; 297). “O Direito deixa de ser aquela ciência preocupada apenas com a realização lógica dos seus preceitos; desce do seu pedestal para aferir se esta realização lógica está sendo apta a realizar os seus desígnios na realidade da vida em sociedade. **Uma interpretação/aplicação da lei que não esteja sendo capaz de atingir concreta e materialmente os seus objetivos, não pode ser considerada como a interpretação mais correta.** Note-se que estas mudanças metodológicas evidenciam a queda do mito da interpretação como atividade meramente declaratória do que já estava na lei, da única interpretação possível, já que os resultados práticos desta ou daquela forma de aplicação da norma terão relevante papel na determinação de qual, **dentre as diversas interpretações plausíveis** existentes, deverá ser adotada, opção que, posteriormente, pode inclusive vir a ser alterada diante da comprovada mudança dos dados da realidade, que devem ser acompanhados de uma nova estratégia regulatória.” (idem, pp. 298/299, sublinhado e grifos no original). “As necessidades da eficiência, na qual está contida, como veremos, a economicidade, não devem ser solucionadas pelo menosprezo à lei (aqui, naturalmente, entendida como “bloco de juridicidade”), mas sim pela valorização dos seus elementos finalísticos. É sob este prisma que as regras legais devem ser interpretadas e aplicadas, ou seja, todo ato, normativo ou concreto, só será válido ou validamente praticado, se, *ex vi* do Princípio da Eficiência (art. 37, caput, CF), for a maneira mais eficiente ou, na impossibilidade de se definir esta, se for pelo menos uma maneira razoavelmente eficiente de realização dos objetivos fixados pelo ordenamento jurídico. O Princípio da Eficiência de forma alguma visa a mitigar ou a ponderar o Princípio da Legalidade, mas sim a embeber a legalidade de uma nova lógica, determinando a insurgência de uma legalidade finalística e material – dos resultados práticos alcançados –, e não mais uma legalidade meramente formal e abstrata. Dizendo o óbvio, a partir do momento em que a eficiência e a economicidade foram expressamente inscritas no texto constitucional – a Lei Magna – passaram a também integrar a legalidade, não mais uma legalidade oitocentista, formalista e meramente subsuntiva, mas uma legalidade neo-positivista.” (idem, p. 300)

¹⁸⁰ Desenvolvi ampla pesquisa sobre a atividade criativa do intérprete em minha dissertação de mestrado, intitulada: “O princípio constitucional da prioridade absoluta”, apresentada à PUC/SP em 2006. Nele escrevi:

Esse poder criativo não deve ser assumido como respaldo para a arbitrariedade do aplicador do Direito, cujas escolhas devem ser feitas não só pelas diferentes possibilidades na interpretação do texto legislativo, mas também devem ser orientadas pelas pautas de valor presentes no sistema jurídico e todas devidamente fundamentadas nele. Espera-se da magistratura que tenha sempre presente a força normativa do princípio da eficiência nas escolhas de interpretação sobre o texto legislativo em matéria processual

“Considerando que os princípios têm natureza normativa e se encontram espalhados pelo sistema jurídico, a tarefa de escolher os meios adequados para lhes dar concreção material envolverá um esforço de criatividade do aplicador do direito; daí porque se diz, com propriedade, que *“A moderna interpretação constitucional envolve escolhas pelo intérprete, bem como a integração subjetiva de princípios, normas abertas e conceitos indeterminados.”* (BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. *A nova interpretação constitucional dos princípios*. In “Dos princípios constitucionais”, George Salomão Leite (org.). São Paulo: Malheiros, 2003). Como acentua Capelletti, a experiência ensina que sempre ou quase sempre está presente no direito uma abertura para realizar uma escolha diversa, razão pela qual a decisão a ser tomada num caso envolve, inegavelmente, uma parcela de responsabilidade pessoal do magistrado, em sentido moral e político – tanto quanto jurídico –, trazendo em seu abono as considerações de Radcliffe: *“Quem poderá negar agora que, para o direito, as decisões judiciais constituem uma contribuição criativa, e não meramente descritiva? Não há outra forma de fazer de modo diverso, na medida em que raro é o caso de decisão que não pressuponha a escolha entre duas alternativas ao mesmo tempo admissíveis.”* (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. No original *Giudici Legislatori?* Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (trad). Os princípios constitucionais darão o rumo ao agente da incumbido da concretização normativa, vale dizer, da mediação entre os valores constitucionais que neles se espelham e a decisão a ser tomada na consideração de um problema. Na linha do que ensina Luciana Caprioli Paiotti Figueredo, *“os princípios tornam-se normas estruturantes de todo o sistema jurídico: são normas cogentes ao Poder Legislativo na atividade legiferante, impondo a obrigação de produzir normas em conformidade com os princípios constitucionais e legais. Da mesma maneira, se impõem ao Poder Judiciário, consistindo em “vetores para soluções interpretativas” e como forma de integração das lacunas da Lei. Por fim, os princípios também se dirigem à Administração Pública, a qual deverá exercer a sua atividade, através da prática de atos administrativos, em estrita observância aos princípios constitucionais e legais. Os princípios que regem a disciplina constitucional e legal da proteção à infância e juventude também apresentam as características mencionadas (como não poderia deixar de ser), de maneira que são cogentes na interpretação e aplicação do ordenamento jurídico nacional, pelo Poder Judiciário, na atuação legiferante e na atividade da Administração Pública.”* (FIGUEREDO, Luciana Caprioli Paiotti. *O direito à convivência familiar*. Dissertação de mestrado apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2005) J.J. Gomes Canotilho distingue uma norma jurídica geral da norma de decisão, que é aquela que será tomada para decidir-se um caso concreto, denominando de “jurista concretizador” aquele que irá solucionar um determinado caso da vida, proferindo o que denomina de “norma de decisão”. Essa solução (ou “norma de decisão”) não é independente da norma jurídica, como se fosse uma decisão voluntarista do sujeito de concretização, ou seja, deve reconduzir-se sempre à norma jurídica geral. E sustenta que a norma jurídica só adquire verdadeira normatividade quando se transforma em norma de decisão aplicável a casos concretos, concluindo-se daí que cabe ao agente ou agentes do processo de concretização um papel fundamental, porque são eles quem, no fim do processo, colocam a norma em contato com a realidade. E aduz: *“No específico plano da concretização normativo-constitucional, a mediação metódica da normatividade pelos sujeitos concretizadores assume uma das suas manifestações mais relevantes. Em face do caráter aberto, indeterminado e polissêmico das normas constitucionais, torna-se necessário que, a diferentes níveis de concretização – legislativo, judicial, administrativo –, se aproxime a norma constitucional da realidade.”* (GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003).

6.4 A implementação de mudanças sem reforma legislativa

Antes de discorrer sobre esse tópico, necessário relembrar o papel da lei e do processo na prestação do serviço jurisdicional. O processo é o meio, é meramente o instrumento de que se serve o Estado para prestar essa atividade. Sua finalidade é atender ao ideal de prestação jurisdicional com *justiça* e *eficiência*. A lei existe para dar-lhe a disciplina, regulamentar o modo como o processo deve ser desenvolvido. Isso é feito pela lei para que as partes tenham garantidos direitos fundamentais dentro do processo (contraditório, amplo acesso à jurisdição, ampla defesa, produção de provas, juiz natural, etc), bem como para que haja segurança no desempenho dessa atividade, provendo as partes com previsibilidade na sua atuação e conferindo mecanismos de estabilidade às decisões.

O princípio da eficiência pode operar mudanças no processo sem que haja qualquer reforma legislativa. Basta que haja a compreensão de que essas mudanças devem maximizar a eficiência na entrega da prestação jurisdicional sem sacrificar direitos fundamentais das partes no processo e sem destruir a segurança que se espera do processo, tanto com relação à atividade das partes como quanto à estabilidade das decisões. Atende-se com isso ao papel do processo, que é de instrumento para prestar a atividade jurisdicional com justiça e eficiência, sem rasgar o papel da lei, que serve de garante a direitos fundamentais e de segurança ao desempenho da atividade jurisdicional.

A dinâmica do processo dá um poder de criação aos agentes que nele atuam. As partes delimitam o objeto do litígio, provocam as instâncias superiores em nível recursal, pugnam pelo desenvolvimento regular do processo e pela produção das provas necessárias à formação do convencimento sobre aquilo que alegam. O Poder Judiciário, por sua vez, pode (i) afastar a aplicação da legislação incompatível com o princípio da eficiência, (ii) interpretar as normas processuais de modo a escolher as

opções mais adequadas ao núcleo de valores do princípio da eficiência e ainda (iii) engendrar soluções que criem direitos e obrigações dentro do processo, a todos os seus agentes (inclusive os magistrados), sem a necessidade de lei expressa para fixar cada milímetro de tais disposições, reputando-se constitucionalmente autorizado um ativismo judiciário deliberado para a promoção do princípio da eficiência.

Sem negar que há um viés marcadamente subjetivo na aplicação do direito legislado¹⁸¹, deve haver um esforço pessoal de cada membro do Poder Judiciário no sentido de promover o princípio da eficiência no bojo do seu trabalho, bem como fomentar atos e soluções que tornem isso uma postura institucionalizada¹⁸².

¹⁸¹ “A nova hermenêutica ressalta o papel central desempenhado pela pré-compreensão dos agentes no ato de interpretar o Direito. Em sintonia com o “giro lingüístico” na filosofia contemporânea, ela parte da premissa inquestionável de que nenhum ser humano habita um vazio axiológico-cultural. Todos nós somos seres enraizados, que compartilhamos idéias, valores e preconceitos com nossos semelhantes, e não nos despimos deles na hora de interpretar e aplicar o Direito. Quando um problema jurídico qualquer nos é apresentado, o nosso inescapável ponto de partida não é o texto da norma jurídica, como costumava proclamar a doutrina mais tradicional, mas a visão que já temos da questão, que é inevitavelmente impregnada pelos valores da cultura em que nos inserimos. É a partir das nossas pré-compreensões que ingressamos no “círculo hermenêutico”, em busca da melhor resposta para a controvérsia jurídica.” (SARMENTO, Daniel. *Interpretação Constitucional, Pré-compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete*. in Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento e Gustavo Binenbojm, coord. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris; p. 313) Joaquim Falcão menciona *an passant* o componente subjetivo e ideológico que está por traz de cada voto dos Ministros do STF: “no Estado de Direito, o Supremo enfrenta paradoxo que exige delicada cautela. Sua maior contribuição é assegurar que decisões sejam recebidas como imparciais e racionais. Entretanto, sabemos que não o são. Existe margem de discricionariedade inerente ao ato de julgar, em que múltiplas opções políticas, balizadas pelas formas legais, se traduzem em doutrinas jurídicas diferentes. E estas, em votos divergentes. Todos plausíveis, diria Eros Grau.” (FALCÃO, Joaquim. Mal-estar no Supremo está visível. In jornal Folha de São Paulo, edição de 06/12/2009).

¹⁸² Esse pensamento só reforça, a nosso ver, o papel criativo da magistratura na aplicação do direito legislado. Também Paulo de Barros Carvalho, diferenciando o texto legislativo, como massa bruta, dos enunciados normativos, produzidos pelo labor do intérprete, assevera: “*Sobre o sentido dos enunciados, é preciso dizer que ele é construído, produzido, elaborado, a partir das marcas gráficas percebidas pelo agente do conhecimento. Desde que se apresente como manchas de tinta sobre o papel, no caso do direito escrito, insisto, assumindo a natureza de um ente físico, materialmente tangível, não se poderia imaginar, em sua consciência, que essa base empírica contivesse, dentro dela, como uma jóia, o conteúdo significativo, algo abstrato, de estatura eminentemente ideal. Muito menos, que o teor de significação estivesse envolvendo ou flutuando como nuvens que recobrem os elevados rochedos. Não, o sentido é construído ao longo de um processo, iniciado, na hipótese, pela percepção visual das letras, dos vocábulos e das partículas que unem os vocábulos, organizando estruturas mais amplas. É o ser humano que, em contato com as manifestações expressas do direito positivo, vai produzindo as respectivas significações. Daí a afirmação peremptória segundo a qual é a interpretação que faz surgir o sentido, como produto da formulação literal, inserida na profundidade do contexto. Sim, porque não há texto sem contexto ou, dizendo de outro modo, não há plano de expressão sem plano de conteúdo.*” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Sobre o percurso de construção de sentido: modelo de interpretação do direito tributário*. In Lições de direito constitucional em homenagem ao

Vejamos exemplos pelo que já se fez, do que poderia ter sido feito e quanto ao que se pode fazer.

A jurisprudência mais antiga repudiava a possibilidade da citação por hora certa no curso do processo de execução diante literalidade do art. 654 do CPC¹⁸³. Quando o oficial de Justiça suspeitasse da ocultação do executado para não ser citado, cabia ao credor apenas requerer a sua citação por edital nos dez dias seguintes à intimação do arresto¹⁸⁴. A jurisprudência mudou para admitir a possibilidade da citação por hora certa, fiando-se na subsidiariedade do processo de conhecimento ao processo de execução¹⁸⁵.

Evidente que a possibilidade da citação por hora certa no processo de execução atende melhor ao princípio da eficiência¹⁸⁶. Aumenta a

jurista Celso Bastos. André Ramos Tavares, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins (coord.). São Paulo: Saraiva, 2005). Espera-se que a criatividade seja exercitada, mas vinculada à promoção dos valores inerentes ao princípio da eficiência.

¹⁸³ CPC, Art. 654. *Compete ao credor*, dentro de 10 (dez) dias, contados da data em que foi intimado do arresto a que se refere o parágrafo único do artigo anterior, *requerer a citação por edital do devedor*. Findo o prazo do edital, terá o devedor o prazo a que se refere o art. 652, convertendo-se o arresto em penhora em caso de não-pagamento.

¹⁸⁴ Embora hoje em dia a jurisprudência dominante seja em sentido contrário, ainda há decisões recentes nesse sentido; confira-se: “CITAÇÃO - HORA CERTA - Execução por título extrajudicial - Inadmissibilidade - Ademais, quando ocorre hipótese de suspeita de ocultação do devedor deve-se proceder o arresto dos bens - Aplicação dos artigos 652 a 654 do Código de Processo Civil - Requerimento indeferido - Recurso improvido.” (TJSP, Agravo de Instrumento 7377651900, Rel. Des. Carlos Alberto Lopes, 18ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 28/07/2009).

¹⁸⁵ Representativo da jurisprudência dominante, veja-se: “EXECUÇÃO - Pedido de citação por hora certa - Suspeita de ocultação - Possibilidade - Aplicação dos arts. 227 e 598 do CPC - Exegese da Súmula 196 do STJ - Decisão reformada neste ponto - Recurso provido.” (TJSP, Agravo de Instrumento 7367308000, Rel. Des. Rubens Cury, 18ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 30/06/2009). No mesmo sentido há vários julgados do STJ; confira-se: “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CITAÇÃO COM HORA CERTA EM PROCESSO DE EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. POSSIBILIDADE. Conforme disposto no artigo 277 do Código de Processo Civil, ocorre a citação com hora certa quando há suspeita de ocultação por parte do réu, procurado três vezes em sua residência. Essa forma de citação é aplicável tanto ao processo de conhecimento, quanto aos demais processos, incluindo-se o de execução, por força da subsidiariedade prevista no artigo 598 do mesmo estatuto. Recurso especial provido.” (REsp 673.945/SP, Rel. Min. Castro Filho, DJ 16/10/2006 p. 365)

¹⁸⁶ Confira-se interessante estudo sobre o tema feito por PEREIRA, José Horácio Cintra Gonçalves. *Da citação ficta no processo de execução*. In Execução Civil e cumprimento de sentença, Gilberto Gomes Bruschi (coord.). São Paulo: Editora Método, pp.259-268. Este autor chega a asseverar que “Tal posicionamento se justifica em face do princípio (econômico) estatuído pelo art. 620 do CPC, no sentido de que a execução deve ser promovida pelo modo menos gravoso para o devedor.” Ele aduz que “as considerações mais modernas a respeito do processo civil (no que nos interessa), traduzidas nas repetidas expressões ‘processo de resultado’, ‘justiça das decisões’, ‘instrumentalização do processo’, entre outras, não

celeridade e diminui os custos do credor, evitando as delongas e os gastos inerentes às publicações editalícias. Por outro lado, isso não gera nenhuma lesão ao direito de defesa do executado, uma vez que é mais fácil ele tomar conhecimento da citação por hora certa do que da citação por edital. Nesta, ele tem que estar se dedicando à leitura do diário oficial, com todas as suas páginas, para deparar-se com seu nome; naquela, o oficial de justiça deixa a contrafé com “pessoa da família ou com qualquer vizinho, conforme o caso, declarando-lhe o nome”, além do que o escrivão envia ao réu uma epístola, “dando-lhe de tudo ciência”¹⁸⁷. E isso, enfatize-se, na possibilidade de que o executado realmente já não tenha ciência da ação, isto é, de que as suspeitas de que esteja se ocultando sejam equivocadas.

Embora a lei seja a mesma, o que mudou foi o entendimento dela manifestado pelo Poder Judiciário. É um caso de evolução jurisprudencial que mostra que é possível mudar o modo de trabalhar com o processo, mesmo sem que a lei faça todas as alterações pontuais que poderia fazer.

Analisamos o instituto dos recursos repetitivos, pelo qual se acresceu o art. 543-C ao Código de Processo Civil¹⁸⁸. Apresentado como

podem desconsiderar argumentos, ainda que pragmáticos.” Ele reconhece que a literalidade dos artigos 653 e 654 do CPC poderiam conduzir à conclusão contrária, pela inadmissibilidade da citação por hora certa no processo de execução, mas logo rebate com a citação de Alexandre Freitas Câmara, do seguinte teor: “é sabido, porém, que a interpretação literal da norma é insuficiente. A citação com hora certa, contudo, não é incompatível com o processo executivo, sendo cabível por força do disposto no artigo 598 do Código de Processo Civil. Ademais, a citação com hora certa é menos onerosa para o executado.”

¹⁸⁷ Neste sentido os artigos 228 e 229 do CPC.

¹⁸⁸ CPC, redação dada pela Lei 11.672/2008, Art. 543-C. “Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. § 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça. § 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. § 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia. § 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia. § 5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias. § 6º Transcorrido o prazo para o

fórmula indispensável para o combate à avalanche de recursos e para imprimir celeridade ao processo, tudo o que este dispositivo tem de relevante poderia ser implementado por um empenho mais significativo do Superior Tribunal de Justiça na sedimentação da sua jurisprudência dominante com a elaboração de súmulas.

O procedimento legal dos recursos repetidos, por sua vez, poderia ter sido adotado em âmbito regimental no STJ. O relator de um caso no qual houvesse uma multiplicidade de recursos com idêntica questão de direito, com base no seu poder geral de cautela, poderia determinar aos presidentes dos tribunais de origem que suspendessem a tramitação de todos os recursos especiais relativos ao tema, podendo admitir apenas três recursos representativos da controvérsia. O relator poderia colher a manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na sua solução, bem como submeter o caso ao parecer do Ministério Público. Depois, a(s) proposta(s) de súmula poderiam ser submetida à seção ou à Corte Especial, para sua aprovação ou rejeição, com aprovação de outra em sentido contrário. Tudo isso poderia ser fixado pelo regimento interno do STJ; não haveria necessidade de lei.

Após os debates com a extração de entendimentos relativos ao tema e a fixação de uma ou mais súmulas, os recursos especiais sobrestados na origem poderiam ter seu seguimento denegado, caso os acórdãos recorridos estivessem de conformidade com a súmula, ou então admitidos, se a contrariassem, caso em que poderia ser dado provimento ao recurso

Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus. § 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça. § 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial. § 9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo.

especial monocraticamente, como já autoriza o § 3.º do art. 544 do CPC¹⁸⁹, bem como o § 1.º do art. 518 do CPC, utilizado por analogia¹⁹⁰.

Isso sem prejuízo da imposição de multa por litigância de má-fé caso houvesse recurso de agravo regimental contra essa decisão, insistindo na tese vencida. Afinal, todo esse esforço só faz sentido se as partes não insistirem em teses vencidas após esse amplo debate sobre o tema, sendo certo que, se o fizerem, tentarão obter a mera procrastinação do feito.

O objetivo não é desmerecer a novidade legal trazida pelo art. 543-C do CPC, nem desdenhar do efeito positivo que já está fazendo surtir; ela é boa, conveniente ao princípio da eficiência. O ponto é outro: que o mesmo efeito poderia advir de norma regimental do STJ aliada a uma maior ênfase na produção de súmulas. Não era preciso uma nova lei para isso.

No âmbito do processo penal, recente resolução do Conselho da Justiça Federal permitiu a tramitação direta de inquéritos policiais entre a Polícia Judiciária e o Ministério Público, nos sucessivos pedidos de dilação de prazo para a conclusão de diligências¹⁹¹.

Um dos gargalos na demora das investigações criminais estava justamente na tramitação burocrática dos pedidos de dilação de prazo nos inquéritos policiais, que eram submetidos primeiro ao Poder Judiciário, depois vinham com um despacho para a manifestação do Ministério Público

¹⁸⁹ CPC, art. 544, § 3º: “Poderá o relator, se o acórdão recorrido estiver em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, conhecer do agravo para dar provimento ao próprio recurso especial; poderá ainda, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito, determinar sua conversão, observando-se, daí em diante, o procedimento relativo ao recurso especial.”

¹⁹⁰ CPC, Art. 518. “Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder. § 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.” Se o juiz não deve receber recurso de apelação quando a sentença estiver de conformidade com súmula, com muito maior razão os presidentes dos tribunais não devem receber recurso especial quando o acórdão estiver de conformidade com súmula do STF ou do STJ.

a respeito, quase sempre positiva – se o inquérito não findou é porque ainda há diligências a realizar, depois o inquérito era novamente remetido ao Poder Judiciário para apreciação, que aí proferia novo despacho concedendo o prazo, para só então os autos retornarem à Polícia Judiciária para prosseguir com as investigações.

Tudo na base do carimbo, este procedimento demorava aproximadamente três meses. A partir dessa resolução do CJF, lendo-se o Código de Processo Penal a partir da Constituição Federal, os inquéritos com pedido de prazo podem retornar à Polícia em uma semana, aproximadamente¹⁹².

A partir de uma simples releitura da lei a partir da Constituição, sem qualquer lesão a direitos individuais, tomou-se uma medida concreta que promoverá sensivelmente o princípio da eficiência no âmbito das investigações criminais¹⁹³.

¹⁹¹ Trata-se da Resolução n.º 63 do CJF, publicada no DOU em 30 de junho de 2009. É muito raro um inquérito policial terminar no prazo fixado em lei, quando não há preso em flagrante. Normalmente os inquéritos tomam um ou mais anos e toda a vez que se esgota o prazo legal para a sua conclusão entende-se que a Polícia Judiciária é obrigada a formular um pedido de dilação de prazo.

¹⁹² Veja-se: http://www.conjur.com.br/2003-abr-28/procurador_defende_mp_comande_inqueritos_policiais. No ano de 2003 já havíamos defendido a adoção da mesma medida, conforme texto publicado na revista eletrônica Consultor Jurídico, para o combate à prescrição.

¹⁹³ Confira-se parte da motivação desta resolução, bastante focada na Constituição: “CONSIDERANDO o sistema acusatório adotado pela Constituição da República de 1988, que preconiza nítida separação entre as funções de acusar e julgar; CONSIDERANDO ser o Ministério Público o dominus litis da ação penal pública, nos exatos termos dispostos no inciso I do art. 129 da Constituição Federal; CONSIDERANDO ser o Ministério Público Federal o destinatário final das investigações levadas a cabo no curso do inquérito policial presidido pela autoridade policial federal; CONSIDERANDO a atribuição conferida ao Ministério Público de exercer o controle externo da atividade policial, prevista no inciso VII do art. 129 da Constituição Federal; CONSIDERANDO ser o inquérito policial procedimento administrativo destinado, precipuamente, a subsidiar a atuação persecutória do Ministério Público; CONSIDERANDO que os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório ficam plenamente garantidos, na medida em que qualquer medida constritiva de natureza acautelatória, por força de determinação legal, só pode ser adotada se e quando deferida pelo Poder Judiciário; CONSIDERANDO que os prazos legais para a conclusão das investigações criminais tornaram-se extremamente exíguos, dado o imenso número de inquéritos policiais que se avolumam, em proporção geométrica, nas Delegacias de Polícia Federal do País, deixando evidente o descompasso existente entre o disposto na norma e a realidade fática diariamente enfrentada; CONSIDERANDO que a preocupação da sociedade com a agilização dos processos e procedimentos sob responsabilidade estatal tem-se intensificado, resultando, inclusive, na inserção do inciso LXXVIII no art. 5º da Constituição da República, que alçou à categoria de direito fundamental a razoável duração do processo, no âmbito judicial e administrativo, assegurando todos os meios necessários à celeridade na sua tramitação;

CONSIDERANDO que não há exercício de atividade jurisdicional no simples deferimento de prorrogação de prazo para a conclusão das investigações policiais, situação que, além de acabar tornando o órgão do Poder Judiciário mero espectador, com função eminentemente burocrática, da atividade realizada no bojo do inquérito, contribui desnecessariamente para o alongamento do procedimento e em nada influi na tutela judicial dos direitos fundamentais; (...)”

Vejamos outra inovação legislativa recente: o art. 655-B do CPC, acrescentado pela Lei 11.382/2006. Esse dispositivo permite a venda de um bem indivisível, mesmo que apenas metade dele venha a ser penhorado e possa ser alienado, porque a outra metade pertence ao cônjuge do executado que não sofre os efeitos da execução¹⁹⁴.

Antigamente, com a penhora de um imóvel em que houvesse a meação do cônjuge do executado a ser preservada, ninguém queria adquirir o bem em leilão; ainda que por um valor inferior ao de mercado, o comprador se tornaria condômino contra a vontade desse outro cônjuge, que certamente criaria todos os obstáculos possíveis ao exercício do seu direito de propriedade. Caso quisesse vender o imóvel, o adquirente teria de se submeter a um novo, moroso e custoso processo judicial especificamente destinado a isso¹⁹⁵. Ou seja: não havia mercado para a compra de bem imóvel penhorado em leilão judicial; ninguém se interessava¹⁹⁶.

A nova redação do art. 655-B acabou com esse problema, permitindo que a propriedade seja inteiramente outorgada ao adquirente e que a meação do cônjuge recaia sobre o produto da alienação do bem. Mais uma vez, trata-se de excelente disposição legislativa, só que nesse caso a inovação já existia, consagrada pela jurisprudência mais recente do STJ;

Veja-se que, sob a égide da mesma lei, antes do acréscimo proporcionado pelo art. 655-B do CPC, mudou o entendimento da

¹⁹⁴ CPC, Art. 655-B: “Tratando-se de penhora em bem indivisível, a meação do cônjuge alheio à execução recairá sobre o produto da alienação do bem.”

¹⁹⁵ O condômino que quisesse acabar com a comunhão poderia sozinho impor a venda da coisa comum, nos termos dos artigos 1320 a 1322 do CC, aplicando-se o procedimento dos arts. 1117 a 119 do CPC.

¹⁹⁶ “Parte da jurisprudência menos recente entendia que a metade ideal pertencente ao cônjuge deveria simplesmente ser excluída da penhora e, por consequência, também de eventual alienação judicial, algo que, na prática, impedia o leilão ou o praxeamento da integralidade do bem. Isso constituía, em última instância, sério fator de esvaziamento das hastas públicas, em virtude do desestímulo gerado pelas óbvias complicações advindas da arrematação de apenas uma parte ideal desses bens.” (GIANNICO, Maurício. In *As novas reformas do CPC e de outras normas processuais*. Maurício Giannico e Vítor José de Mello Monteiro, coord. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 128-129). Na linha desse entendimento, confira-se do STJ o REsp 111.179/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 08.03.2000.

jurisprudência sobre o tema. Permitindo que a venda fosse feita sobre a integralidade do bem, a jurisprudência criou um mecanismo hábil para a efetividade na satisfação do credor, sem prejuízo da preservação da parcela do patrimônio do cônjuge que não poderia, pelas regras de direito material, sofrer a execução, entregando-lhe o equivalente em pecúnia. Uma súmula poderia ter sido editada nesse sentido. Quer dizer, a rigor, quem acabou com o problema não foi a lei, mas sim a mudança de orientação jurisprudencial; a lei simplesmente veio a seu reboque¹⁹⁷.

Aproveitaremos o gancho desse dispositivo para ilustrar como o princípio constitucional da eficiência pode influenciar na sua leitura. Usando a via da interpretação analógica, podemos estender a situação preconizada no art. 655-B para duas outras hipóteses: a) quando o credor adjudicar o bem, poderia desde logo receber a propriedade na sua inteireza, depositando o valor da meação do cônjuge¹⁹⁸, a não ser que este pagasse a dívida ou ao menos pagasse o equivalente à meação do executado no bem, abatendo o correspondente da dívida, porque isso iria eliminar a necessidade de um posterior procedimento de alienação de coisa comum; b) quando o bem for de propriedade de outros condôminos que não o cônjuge do executado, a parte deles na propriedade comum também pode recair sobre o produto da venda, pelas mesmas razões de se conferir efetividade na satisfação do crédito.

A primeira hipótese apenas equipara a adjudicação do credor à arrematação por terceiro. Se a venda do bem é possível em sua inteireza na arrematação em hasta pública, transferindo a propriedade integralmente ao adquirente, a mesma técnica pode ser adotada se o adquirente for o próprio credor, por meio da adjudicação. Nesse caso, ele pode adjudicar o bem por inteiro, devendo, contudo, depositar em dinheiro o valor equivalente à

¹⁹⁷ Como representante desse entendimento, confira-se os embargos de divergência contra o acórdão acima mencionado: “CIVIL. EXECUÇÃO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. EMBARGOS DE TERCEIRO. BEM INDIVISÍVEL. REGIME MATRIMONIAL. HASTA PÚBLICA. DIVISÃO DO PRODUTO DA ALIENAÇÃO. TEMA PACIFICADO. I. Assentou a jurisprudência da Corte Especial que é possível o praxeamento do bem indivisível em virtude do regime matrimonial, reservando-se ao cônjuge meeiro a metade do produto obtido na alienação judicial (REsp n. 200.251/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, por maioria, DJU de 29.04.2002). II. Embargos conhecidos e providos, para autorizar a hasta pública.” (STJ, EREsp 111.179/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJ 11.05.2005.)

meação do cônjuge que não sofre a execução, apurado na avaliação judicial. Todavia, caso o cônjuge queira permanecer com o imóvel, ele poderá adjudicá-lo, inclusive com preferência sobre o credor, caso em que deverá depositar em juízo o equivalente a metade do valor da avaliação do bem, pertencente ao executado¹⁹⁹.

A segunda hipótese estende para todos os casos de comunhão a possibilidade de que o bem seja integralmente expropriado, recaindo sobre o valor do bem a parcela de propriedade dos condôminos que não sofrem a execução. Se houver adjudicação pelo credor, este pode depositar em pecúnia o valor equivalente à parcela do bem pertencente aos demais condôminos.

Mesmo que isso não fosse admitido, esse seria o destino do bem caso o arrematante ou adjudicante quisesse se desfazer do mesmo, nos termos dos artigos 1320 a 1322 do CC, aplicando-se o procedimento dos arts. 1117 a 119 do CPC. Ou seja, no fim das contas, o resultado seria o mesmo, mas com maior dispêndio de energia, esforços, tempo e dinheiro. Isso se houvesse algum arrematante para se sujeitar a esse custoso procedimento de alienação de coisa comum.

¹⁹⁸ Até essa primeira parte, a mesma posição é defendida por Maurício Giannico, verbis: “Por fim, indagação tormentosa consiste em saber se o exequente poderá adjudicar ou arrematar o bem indivisível, nos casos em que for necessária a reserva de metade do produto da alienação judicial ao cônjuge. E, caso seja positiva a resposta, há de se perquirir ainda se ele deverá ou não depositar em juízo a metade do valor da adjudicação ou arrematação, mesmo que o montante executado seja, em tese, maior ou igual à sua oferta pelo bem. Entendemos não haver óbices para que o exequente adjudique ou arremate o bem indivisível, desde que, é claro, sejam respeitados os direitos do cônjuge não responsável pela execução. Assim, na prática, havendo interesse em adquirir o bem, isso obrigará o credor a depositar em juízo – deixando à disposição do cônjuge – a metade do montante oferecido pelo bem, pouco importando se seu crédito seja maior ou menor do que o valor de sua avaliação.” (GIANNICO, Maurício. In *As novas reformas do CPC e de outras normas processuais*. Maurício Giannico e Vítor José de Mello Monteiro, coord. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 130). Todavia, temos uma relevante objeção; o valor a ser depositado não é o oferecido pelo bem, mas sim metade do valor da avaliação do bem. O juiz pode autorizar que a expropriação do bem seja por preço inferior ao seu valor de mercado, mas só quanto à parcela do executado. Quanto ao cônjuge ou outros condôminos do bem, a expropriação deve ocorrer pelo valor de mercado do bem, assim obtida pela avaliação do mesmo.

¹⁹⁹ Há respaldo no art. 685-A, §§ 2.º e 3.º do CPC. Art. 685-A: “É lícito ao exequente, oferecendo preço não inferior ao da avaliação, requerer lhe sejam adjudicados os bens penhorados. § 2º Idêntico direito pode ser exercido pelo credor com garantia real, pelos credores concorrentes que hajam penhorado o mesmo bem, pelo cônjuge, pelos descendentes ou ascendentes do executado. § 3º Havendo mais de um pretendente, proceder-se-á entre eles à licitação; em igualdade de oferta, terá preferência o cônjuge, descendente ou ascendente, nessa ordem.”

Além disso, essa hipótese seria muito similar à penhora e expropriação de cotas de sociedade. Se um executado tem cotas em uma sociedade e elas são penhoradas, deve-se liquidar o valor dessas cotas, se necessário com a venda de bens da sociedade, apurando-se o respectivo quantum e depositando-o em juízo, para pagamento do débito

Na sociedade há uma comunhão de pessoas (os sócios) em torno de um bem comum (os bens da sociedade, o estabelecimento empresarial), de modo que a posição dos sócios em relação à sociedade, sob o aspecto exclusivamente patrimonial, é muito próxima da posição dos condôminos frente a um bem comum. A rigor, ainda há uma dificuldade superior na penhora de cotas sociais, que não ocorre na situação de meros condôminos frente a um bem comum: a sociedade em si é uma pessoa jurídica distinta de cada um dos seus sócios, com uma pluralidade de interesses sociais ao seu redor (empregados, fornecedores, consumidores). Nem por isso se impede que a parcela da propriedade do executado sobre o capital social da mesma seja forçosamente liquidado, nos termos do art. 1026 do Código Civil, recaindo a execução sobre o que tocava ao sócio em caso de liquidação²⁰⁰.

²⁰⁰ Na lição de Cândido Dinamarco: “Depois de vacilar, a jurisprudência encaminhou-se com razoável firmeza no sentido de autorizar a penhora dos *haveres* do sócio, os quais são objeto de avaliação para que afinal a sociedade pague seu valor ao arrematante, eventualmente reduzindo seu capital social.; são haveres a parte ideal de cada sócio, na proporção do capital representado por suas cotas. O Código Civil enfrenta essa questão ao dispor que ‘o credor particular do sócio pode, na insuficiência de outros bens do devedor, fazer recair a execução sobre o que a este couber nos lucros da sociedade ou na parte que lhe tocar em liquidação’ (art. 1026). E o próprio Código de Processo Civil, em sua redação vigente a partir de 2007, inclui entre os bens sujeitos à penhora as ‘quotas de sociedades empresárias’ (art. 655, inc. VI); tais são os *haveres*, que outra coisa não representam senão *créditos* perante a sociedade. Aquele que adquire quotas societárias em sede executiva torna-se titular desse crédito e o receberá pelas vias normais, desde o pagamento voluntário feito pela sociedade até às vias judiciais pertinentes em caso de ela não pagar. Bastante realista e fiel ao sistema de tutela jurisdicional é a posição do Superior Tribunal de Justiça (assumida ainda antes da expressa inclusão das quotas entre os bens suscetíveis de penhora) ao decidir que as quotas sociais são suscetíveis de penhora por obrigação do sócio, mas sem descuidar da ‘atenção aos princípios societários, considerando-se haver ou não, no contrato social, proibição à livre alienação das mesmas’. Havendo restrição contratual, ‘deve ser facultado à sociedade remir o bem ou conceder-se a ela e aos demais sócios a preferência na aquisição das cotas’. Mas, prossegue, ‘não havendo limitação no ato constitutivo, nada impede que a cota seja arrematada com inclusão de todos os direitos a ela concernentes, inclusive o *status* de sócio. Com a superveniência do vigente Código Civil, é possível que essas posições sejam alteradas para maior aderência ao que dispõe seu art. 1.026” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, vol. IV. 3.ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009; pp. 370-371).

A essa altura podemos questionar: então a lei não serve para nada, não tem utilidade? Tem sim. A edição da lei, nesse caso em que há jurisprudência consolidada sobre um tema, mas sem a existência de súmula, serve a dois propósitos: a) pela presença de dispositivo no Código de Processo, promove-me amplo conhecimento da comunidade jurídica quanto à postura a ser adotada pela magistratura diante da situação de fato que reclama a sua aplicação. Na realidade, esse objetivo de *publicidade* também seria atingido se houvesse súmula com o mesmo sentido; b) dotada de efeito vinculante *erga omnes*, a lei impede a tergiversação de entendimentos nos diversos órgãos do Poder Judiciário, garantindo previsibilidade e uniformidade na aplicação do Direito. As súmulas do STJ quase oferecem isso, porque normalmente tendem a ser seguidas, embora se entenda que não são dotadas de efeito vinculante.

Quando a lei não tem respaldo em jurisprudência anterior consolidada, seja porque está dividida ou porque ainda não se debruçou sobre o tema, aí o seu potencial de inovação no processo é consideravelmente superior.

O ponto fundamental que se pretende demonstrar, todavia, não está na importância da lei, ou esse não é o enfoque principal. O que se quer demonstrar é a possibilidade de a jurisprudência e da atuação administrativa dos tribunais, via CNJ, CJF e órgãos especiais dos tribunais de justiça, realizarem inovações no processo civil, respaldadas pelo princípio constitucional da eficiência, sem precisar ficar aguardando a produção legislativa do Congresso Nacional.

Quando falamos em mudança sem alteração legislativa, o que se propõe é uma releitura da jurisprudência em todos os aspectos nos quais um novo entendimento possa promover o princípio constitucional da eficiência em seus quatro aspectos valorativos, sem descurar de outros direitos fundamentais. Quando falamos em atuação administrativa, pensamos em

medidas que possam acelerar o julgamento de processos mantendo a mesma estrutura humana e patrimonial, sem geração de custos.

Esse olhar atento à projeção normativa do princípio da eficiência deve ser incrustado no raciocínio de todos os que operam com o processo civil, merecendo especial ênfase a magistratura, a quem cabe presidir os processos com razoáveis poderes estatais para encaminhar o comportamento das partes nessa trilha de respeito à eficiência e colheita dos seus bons frutos²⁰¹.

6.5 A valorização de mecanismos para conferir previsibilidade ao comportamento das partes e estabilidades das decisões judiciais.

Uma sociedade que produz muito, cuja população cresce sem parar, marcada pela massificação do consumo e pela globalização planetária, tanto em nível empresarial como cultural, exige automatização de procedimentos. Não se pode pensar em produção industrial em larga escala sem a padronização de procedimentos na linha de produção; o principal pilar da multiplicação industrial está no avanço da tecnologia e esta aumenta a velocidade de produção com base na automatização de procedimentos. Mesmo o comércio de mercadorias só se torna possível em larga escala com a padronização de comportamento do fornecedor, sem prejuízo da outorga de uma margem limitada de liberdade para que os seus vendedores possam atender às peculiaridades regionais e específicas de cada cliente. Seria inconcebível pensar em empresas com atuação em todo o território nacional sem a figura do contrato de adesão.

²⁰¹ Talvez haja alguma dificuldade na formação do profissional do Direito, pela falta de enfoque nas consequências práticas da adoção de cada teoria, não havendo o devido destaque para as reflexões sociais e econômicas decorrentes de se filiar a um entendimento “x” ou “y”, ou de interpretar a lei de modo “a” ou “z”. Reflexão nesse sentido foi exposta por Alberto Silva Franco: “O ensino universitário forma juízes sem poder crítico e sem capacidade criativa; introjeta-lhes a idéia de que, como intérpretes fiéis da lei, que é geral e universal, têm condições de equacionar e solucionar todos os conflitos e, afinal, ao peso de enfadonha repetição, confere-lhes quer a função de ‘boca repetidora’, quer a função ‘salvadora’ da lei. O juiz, de acordo com esses moldes, enraizadamente positivistas, não passa de um técnico, um burocrata, um temeroso respeitador de formas, um seguidor obstinado e compulsivo de regras porque elas simplesmente existem e, por isso, têm validade formal. E a submissão à lei é de tal ordem que, mesmo quando ela se mostre em flagrante colisão com o conteúdo material da Constituição, é dever do juiz salvá-la a qualquer preço.” (FRANCO, Alberto Silva. O perfil do juiz na sociedade em processo de globalização. In Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Editora DPJ, 2005; p. 810)

Além disso, qualquer atividade humana concebida para desenvolver-se em longo prazo, com a maximização dos resultados produtivos, depende da previsibilidade do comportamento das pessoas envolvidas. O empresário precisa de alguma previsão de retorno para poder investir; os trabalhadores precisam de previsibilidade, tanto quanto ao comportamento que se espera deles no trabalho como quanto às perspectivas de manutenção ou alteração do emprego e das suas condições de trabalho; os consumidores precisam de previsibilidade quanto ao que podem esperar de um produto, seja quanto a sua vida útil, aos riscos à sua saúde, às utilidades que pode fruir; os fornecedores precisam de previsibilidade, quanto ao nível de inadimplência que sofrerão e quanto às perspectivas de continuarem escoando suas mercadorias aos mesmos adquirentes. O trabalho na sociedade humana depende de previsibilidade²⁰².

Se pensarmos nos milhões de processos que estão atualmente em tramitação nas diferentes instâncias do Poder Judiciário, em que há um trabalho humano sendo desenvolvido com o envolvimento de milhares de pessoas, aplicando-se a mesma legislação do norte ao sul do país, precisamos conceber mecanismos para imprimir *padronização* e *previsibilidade* no âmbito particular do processo.

A eficiência da produção processual depende da implementação dessas diretrizes, que constituem a base da segurança jurídica interna ao processo e compreende duas vertentes: (i) a *previsibilidade* no comportamento das partes e (ii) a *estabilidade* da decisão judiciária, esta última sob as perspectivas de (a) uniformidade para situações idênticas, uma vez que uma tese não pode cambiar de parte a parte, ou caso a caso, se a base de fato que ensejar a sua aplicação for a mesma, sob pena de injustificável instabilidade; (b) solidez da decisão judiciária, evitando-se expedientes que ponham a perder o trabalho desenvolvido; (c) relativa imutabilidade, evitando-se alterações bruscas de entendimento sem razão relevante que as justifique; havendo mudança, não se deve penalizar comportamentos considerados lícitos quando praticados sob a égide do entendimento anterior, garantindo-se uma certa irretroatividade à jurisprudência.

²⁰² As pessoas precisam de previsibilidade até nos seus relacionamentos afetivos.

Em breve síntese, o processo só será eficiente se permitir às partes prever as conseqüências positivas ou negativas de seus comportamentos, bem como se for apto a garantir, tanto quanto possível, a perenidade das decisões proferidas. Decorrência fundamental desse aspecto de segurança do princípio da eficiência consiste: a) no direito das partes de não terem a sua situação processual prejudicada por fatores estranhos às suas vontades e ao seu comportamento, deixando-as sujeitas a mazelas decorrentes da má prestação do serviço judiciário; b) no dever da magistratura de uniformizar a jurisprudência sobre questões de direito, cabendo aos Tribunais Superiores a fixação das teses a serem trilhadas e a sua consolidação em súmulas, sendo que aos juízos de primeiro grau e Tribunais de Apelação o dever de observar as mesmas; c) no dever de cautela na alteração da jurisprudência dominante, que se traduz numa dificuldade extra para a revisão ou cancelamento das súmulas d) o dever de preservar de situações processuais constituídas sob a égide de jurisprudência já consolidada, quando houver alteração da mesma²⁰³.

Tratemos deste último ponto. É da natureza humana, e portanto das instituições humanas, haver mudanças de opinião; no âmbito do Direito, ainda que não haja qualquer garantia de que a tese nova seja melhor do que a superada, o mesmo fenômeno de mudança de orientações da jurisprudência também é visto com frequência. Não há como impedi-lo, nem se deve criticá-lo, porque a evolução humana pressupõe a alteração dos paradigmas culturais do presente.

Sucedem, porém, que nessas alterações de entendimento deve-se ter redobrada cautela na proteção das partes que, amparadas pela tese anterior, agiram de boa-fé de acordo com as conseqüências positivas que defluíam do seu conteúdo; deve-se também preservar a higidez de atos processuais celebrados da forma que se entendia válida anteriormente, quando alterado o entendimento.

Mesmo quando há uma dúvida razoável sobre o comportamento a ser adotado pela parte, com a jurisprudência vacilante, deve-se admitir a forma considerada

²⁰³ Exploraremos os pontos “b” e “c” no capítulo III, que trata do princípio da eficiência e o sistema recursal.

incorreta, até a edição de súmula sobre o tema, que fixe o comportamento considerado correto.

Vejamos um exemplo. A jurisprudência sempre entendeu que a aprovação em concurso público, dentro do número de vagas previsto no edital, não gerava direito à posse, mas apenas mera expectativa de direito. A Administração Pública não era obrigada a prover a vaga em aberto, uma vez que tinha reconhecida a discricionariedade para fazê-lo se e quando entendesse conveniente, conforme a necessidade do serviço e as disponibilidades orçamentárias. Recentemente, contudo, mudou-se o entendimento. O STJ passou a considerar que o candidato aprovado dentro do número de vagas previsto na legislação tem direito subjetivo à posse²⁰⁴.

Este novo entendimento manifestado em caso concreto colheu uma das uma das partes de surpresa, o Estado do Amazonas, podendo causar tumulto à ordem administrativa. Todos os órgãos e entidades estatais, fiando-se no entendimento dominante na jurisprudência, declinavam no edital o número total de vagas em aberto para serem preenchidas, vagas

²⁰⁴ Confira-se a notícia veiculada no site oficial do próprio STJ, referente ao RMS 27311/AM, acórdão ainda não publicado: “STJ garante nomeação de aprovados em concurso público dentro do número de vagas. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) avançou na questão relativa à nomeação e posse de candidato aprovado em concurso público. Por unanimidade, a Quinta Turma garantiu o direito líquido e certo do candidato aprovado dentro do número de vagas previstas em edital, mesmo que o prazo de vigência do certame tenha expirado e não tenha ocorrido contratação precária ou temporária de terceiros durante o período de sua vigência. O concurso em questão foi promovido pela Secretaria de Saúde do Amazonas e ofereceu 112 vagas para o cargo de cirurgião dentista. O certame foi realizado em 2005 e sua validade prorrogada até junho de 2009, período em que foram nomeados apenas 59 dos 112 aprovados. Antes do vencimento do prazo de validade do concurso, um grupo de 10 candidatos aprovados e não nomeados acionou a Justiça para garantir o direito à posse nos cargos. O pedido foi rejeitado pelo Tribunal de Justiça do Amazonas com o argumento de que a aprovação em concurso público gera apenas expectativa de direito à nomeação, competindo à administração pública, dentro do seu poder discricionário, nomear os candidatos aprovados de acordo com sua conveniência e oportunidade, ainda que dentro do número de vagas previsto em edital. O grupo recorreu ao Superior Tribunal de Justiça. Acompanhando o voto do relator, ministro Jorge Mussi, a Turma acolheu o mandado de segurança para reformar o acórdão recorrido e determinar a imediata nomeação dos impetrantes nos cargos para os quais foram aprovados. Ao acompanhar o relator, o presidente da Turma, ministro Napoleão Nunes Maia, ressaltou que o Judiciário está dando um passo adiante no sentido de evitar a prática administrativa de deixar o concurso caducar sem o preenchimento das vagas que o próprio estado ofereceu em edital. Segundo o ministro, ao promover um concurso público, a administração está obrigada a nomear os aprovados dentro do número de vagas, quer contrate ou não servidores temporários durante a vigência do certame. Em precedente relatado pelo ministro Napoleão Nunes Maia, a Turma já havia decidido que, a partir da veiculação expressa da necessidade de prover determinado número de cargos através da publicação de edital de concurso, a nomeação e posse de candidato aprovado dentro das vagas ofertadas transmuda-se de mera expectativa a direito subjetivo, sendo ilegal o ato omissivo da administração que não assegura a nomeação de candidato aprovado e classificado até o limite de vagas previstas no edital, por se tratar de ato vinculado.” (Notícia de 10.08.2009, disponível em www.stj.gov.br)

criadas por lei, sem que imaginassem que teriam de prover todas e num só concurso público. A simples existência da vaga, constante do edital, significava que, potencialmente, a Administração Pública poderia vir a preenchê-la, mas não necessariamente, já que isso dependeria da necessidade do serviço e da disponibilidade orçamentária, bem como das cambiantes prioridades a serem atendidas.

Não vamos discutir o mérito da questão, de saber qual entendimento está mais conforme ao ordenamento jurídico brasileiro, porque isso refoge ao âmbito do processo e avança na seara do direito material, especialmente o Direito Administrativo. O ponto fundamental que queremos demonstrar é que a parte no processo e a Administração Pública em geral comportava-se de conformidade a uma linha jurisprudencial e a mudança desse entendimento pode provocar sérios danos à sua estrutura, planejamento, prioridades de atendimento e disponibilidades financeiras. O direito à previsibilidade de atuação, inerente ao princípio da eficiência, restou violado.

Diante disso, embora fosse perfeitamente possível que a jurisprudência mudasse a respeito do tema, a postura mais conforme ao princípio da eficiência seria manter a jurisprudência antiga para todos os casos pendentes e fixar uma súmula com o novo entendimento. Assim, o novo entendimento só valeria para casos futuros, ou seja, concursos abertos após a nova súmula. À luz do aspecto de segurança jurídica inerente ao princípio da eficiência, os casos passados deveriam ter a solução alvitada pela antiga jurisprudência.

Veja-se que, com o novo entendimento, a Administração Pública poderá se programar melhor, inserindo no edital não o número total de vacâncias do cargo, isto é, o número de vagas abertas por lei e ainda não preenchidas, ou de vagas já desocupadas por extinção do vínculo do servidor com o Estado (aposentadoria, exoneração, demissão, etc.), mas sim apenas o número de vagas que ela está realmente disposta a preencher, isto é, prover

os aprovados por posse. O Edital pode fazer constar uma cláusula pela qual o concurso se destina ao preenchimento de apenas “x” vagas em aberto para o cargo de “y”.

Postura conforme ao princípio da eficiência foi recentemente adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho. O caso foi da empresa Embraer, sediada no Vale do Paraíba, Estado de São Paulo, que demitiu de uma só vez ‘x’ empregados²⁰⁵. A discussão jurídica era se a empresa deveria promover uma negociação coletiva antes de promover uma demissão em massa. Apesar de considerarem isso necessário, decidiu-se que esse entendimento não valeria para aquele julgamento, mas só dali para frente²⁰⁶. Mais correto ainda seria, então, aprovar uma súmula nesse sentido.

Outro ponto mencionado é que a situação processual das partes não pode ficar aos sabores da qualidade do funcionamento da máquina judiciária; nem mesmo a lei pode prejudicar uma das partes, sem qualquer justificativa superior, atribuindo-lhe penalidades decorrentes do funcionamento deficiente do sistema judiciário; só poderá fazê-lo se houve alguma razão amparada em outras normas do ordenamento constitucional.

Tomemos como exemplo a interrupção da prescrição. Nos termos do art. 219, § 1.º, do CPC, a citação válida interrompe a prescrição e essa interrupção retroage à data da propositura da ação. A prescrição, como se sabe, está ligada à inércia do titular de um direito em exercê-lo ao longo

²⁰⁵ A alegação pública da empresa foi de que a medida era necessária em virtude da crise econômica mundial que começou na segunda metade do ano de 2008 e perdura até a presente data (agosto/2009).

²⁰⁶ “Os ministros da Seção de Dissídios Coletivos (SDC) do Tribunal Superior do Trabalho consumiram quatro horas de sessão de hoje (10) julgando o caso das demissões na Embraer, ocorrida em fevereiro deste ano, quando 4.273 trabalhadores foram dispensados. O julgamento foi complexo, devido às peculiaridades do caso, inclusive formais, e pelo fato de se tratar de matéria nova. Por maioria de votos (5 a 4), os ministros decidiram que *daqui para a frente* há necessidade de negociação com os sindicatos antes da efetivação de dispensas em massa de trabalhadores, como foi o caso da Embraer. (...) Os ministros Godinho (relator), Carlos Alberto, Walmir Oliveira, Kátia Arruda e Márcio Eurico votaram pela necessidade de participação sindical em caso de demissões em massa e *firmaram a tese de agora em diante*. Ficaram vencidos os ministros Dalazen, Dora da Costa, Eizo Ono e o ministro presidente.” Notícia extraída do site oficial do TST (www.tst.jus.br), publicada no dia 10.08.2009, sob o título “Ministros concluem julgamento do caso Embraer após quatro horas de debate”. Acórdão ainda não publicado, processo RODC 309/2009-000-15-00.4

de certo lapso temporal, que o legislador reputou suficiente para obstar, em definitivo, a tutela jurisdicional do direito²⁰⁷. Todavia, o Código Civil de 2002, em seu art. 202, I, sem mencionar a retroatividade da interrupção da prescrição à data da propositura da ação, dispôs que a prescrição se interrompe “*por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual.*”

Aplicando a legislação substantiva, se faltar dois meses para se consumir a prescrição do direito e o juiz demorar três meses para despachar a petição inicial, determinando a citação dos réus, a prescrição terá de ser pronunciada. No confronto entre a regra do Código de Processo e a regra do Código Civil, deveria prevalecer esta última, posto que mais recente, versando sobre a mesma hipótese fática.

Todavia, decretar a prescrição do direito implicará punir quem não tem culpa, a parte, em virtude da burocracia inerente ao sistema judiciário. Desta forma, como garantia de segurança das partes, deve-se reconhecer a inconstitucionalidade do inciso I do art. 202 do Código Civil, sendo que, diante da sua invalidade (= nulidade), deve-se reputar não revogada a regra do caput e §1.º do art. 219 do CPC.

A mesma razão inspirou a jurisprudência na interpretação do § 2.º do art. 219 do CPC, segundo o qual cabe à parte promover a citação do réu nos dez dias subseqüentes aos despacho que a ordenar. A incumbência da parte aqui significou apenas recolher a diligência do oficial de justiça; se a citação não ocorrer nesse prazo de dez dias, nem por isso o autor pode ser prejudicado²⁰⁸.

²⁰⁷ Na redação do § 5.º do art. 219 do CPC, “O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”.

²⁰⁸ Nos termos da súmula 106 do STJ, “Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência.”

Num caso peculiar, por erro do serviço judiciário, o STJ entendeu que a resposta de um réu deveria ser considerada tempestiva, mesmo que não o fosse à luz da lei. O réu foi citado por hora certa e nessa modalidade de citação o escrivão deve enviar, à sua residência, carta, telegrama ou radiograma, dando-lhe ciência da existência da ação²⁰⁹. A despeito dessa comunicação, a jurisprudência entende que o termo inicial do prazo de contestação é a juntada aos autos do mandado cumprido. Todavia, no caso julgado, a carta enviada tinha uma advertência expressa no sentido de que o início do prazo ocorreria com a juntada aos autos do aviso de recebimento que a acompanhava. Então, entendendo que a parte foi induzida a erro, o STJ excepcionou a regra legal, admitindo a contestação e afastando a revelia²¹⁰.

É de se ver que, além do respeito ao direito constitucional de ampla defesa, houve a proteção da parte quanto à segurança jurídica, tutelando-se a natural previsibilidade do seu comportamento pela confiança depositada na advertência expressa da carta, quanto ao início de fluência do prazo de resposta.

6.6 A legitimidade constitucional do processo como instrumento útil à tutela de direitos e à resolução de conflitos de interesses: sua vinculação à efetividade.

O conceito do processo como meio, como mero instrumento, sem prejuízo da autonomia científica do Direito Processual em face do Direito Material, já está bastante sedimentado na doutrina brasileira. O processo só tem razão de existir *se e enquanto* for capaz de promover tutela útil à

²⁰⁹ Nos termos do art. 229 do CPC, “Feita a citação com hora certa, o escrivão enviará ao réu carta, telegrama ou radiograma, dando-lhe de tudo ciência.”

²¹⁰ STJ, REsp 746524 / SC, Rel.; Min. Nancy Andrigui, DJe 16.03.2009. Consta da ementa a seguinte passagem: “A moderna interpretação das regras do processo civil deve tender, na medida do possível, para o aproveitamento dos atos praticados e para a solução justa do mérito das controvérsias. Os óbices processuais não podem ser invocados livremente, mas apenas nas hipóteses em que seu acolhimento se faz necessário para a proteção de direitos fundamentais da parte, como o devido processo legal, a paridade de armas ou a ampla defesa. Não se pode transformar o processo civil em terreno incerto, repleto de óbices e armadilhas.”

satisfação de direitos materiais, sendo a resposta estatal efetiva para a solução do conflito submetido a juízo. O processo terá fracassado se não for capaz de tutelar faticamente uma pessoa desamparada ou insatisfeita pelo inadimplemento de seu direito, seja ele qual for. Sempre que o processo estiver ameaçado quanto à sua efetividade, por qualquer motivo, a concretização do princípio da eficiência estará sob provação.

Já fizemos considerações sobre o aspecto da efetividade, inerente ao princípio da eficiência. Diferentes temas, como (i) os requisitos legais para a concessão de medidas cautelares, (ii) a possibilidade de prisão civil do depositário infiel; (iii) a possibilidade da concessão de medidas urgentes satisfativas e irreversíveis, que esgotam o objeto do processo, dentre outros, submetem-se ao crivo da efetividade.

Embora cada um deles tenha valores específicos a serem considerados, com ponderações próprias, todos passarão pela reflexão comum do grau de efetividade que se deve emprestar ao processo como instrumento para a realização prática da atividade jurisdicional do Estado. Embora aparentemente não tenham nenhuma correlação entre si, todos estão ligados pelo aspecto da efetividade inerente ao princípio constitucional da eficiência.

O processo só terá legitimidade constitucional se for capaz de oferecer respostas que permitam proteger e concretizar direitos materiais, fazendo operar a vontade do Estado pela efetiva transformação da realidade. Se não puder fazer isso, seja por qual motivo for, o processo será um instrumento deficiente para a função estatal de prestar jurisdição.

Considerando a presença do princípio da eficiência como dever para a atuação estatal, os obstáculos que impedem a efetividade do processo devem ser superados, seja por uma leitura da lei mais propícia à

concretização dos direitos materiais reconhecidos em decisões judiciais, seja afastando-se a lei que, inviabilizando mesmo a efetividade, ofende a Constituição da República e por isso deve ser declarada inválida, seja pela criação de mecanismos que imprimam a efetividade, desde que não ofendam outros direitos fundamentais de qualquer das partes.

Esta noção de legitimidade do processo pela efetividade é extremamente relevante não só pela invalidação das disposições legislativas que, sem a contrapartida da proteção a um valor juridicamente relevante e extremamente caro ao sistema, retirem, inviabilizem ou dificultem a possibilidade de o processo levar a um resultado útil. Ela serve também para fomentar condutas judiciais que, a despeito da ausência de expressa previsão legal, sirvam para conferir efetividade ao processo. O princípio constitucional da eficiência abre o caminho para o que se tem denominado de ativismo judiciário, desde que respeitadas, para as partes litigantes, as garantias constitucionais do devido processo legal.

Falando sobre os limites do ativismo judiciário, Tereza Arruda Alvim Wambier sustentou que, hoje em dia, devido à maior complexidade da sociedade e das ações judiciais, a lei mudou, sendo mais comum incluir conceitos vagos, amplos e cláusulas gerais; o legislador deixa o conceito aberto porque não tem como prever todas as situações e há uma margem maior para a flexibilidade judicial. Todavia, quando a lei for clara, não poderia o juiz inventar algo em seu lugar²¹¹. Ela deu dois exemplos em que isso teria ocorrido²¹². Vamos examiná-los.

²¹¹ Notícia veiculada na revista eletrônica Consultor Jurídico do dia 08 de agosto de 2009, acesso pelo link <http://www.conjur.com.br/2009-ago-08/lei-clara-juiz-nao-deixa-la-lado-criar-solucao>, em 10.08.2009.

²¹² Consta da notícia: “Durante a sua palestra, deu dois exemplos em que entendeu que os juízes extrapolaram os limites e a sua competência. Em um estado da Federação não revelado pela advogada, muitas ações individuais e uma ação coletiva corriam para contestar diferenças de rendimento na poupança. O juiz responsável pela ação coletiva atendeu o pedido dos autores e determinou o envio da sentença a todos os outros juízes da área cível. Quem quisesse, dizia na decisão, poderia converter as ações individuais da sua vara em liquidações provisórias da sentença coletiva. O juiz também determinou que o banco réu juntasse aos autos a relação de todos os titulares de caderneta de poupança e deixasse disponível nas agências o dinheiro daqueles poupadores que não entraram com ações individuais, para que levantassem o valor. Todos eles deveriam ser comunicados por escrito sobre a disponibilização dos valores. O segundo caso citado pela advogada foi o de uma operadora de telefonia processada por lançar uma promoção, ganhar muitos clientes

No primeiro, o juiz julga procedente a ação coletiva contra uma empresa e sugere aos autores das ações individuais relativas ao mesmo objeto que as convertam suas demandas em liquidações provisórias da ação coletiva. Além disso, determina ao banco réu que disponibilize a todas as vítimas de um evento a quantia necessária para o seu ressarcimento, mesmo daquelas que não propuseram ações individuais. A crítica da decisão é que existe a possibilidade de desistir de ação individual e aderir ao processo coletivo, mas a conversão da ação individual em liquidação individual no bojo da ação coletiva dependeria de lei; quanto à disponibilização do numerário a quem não propôs a ação, caberia aos representados procurar a Justiça e não o inverso.

Ocorre que, sendo objetivo do processo coletivo a reparação de todas as vítimas de um evento, a necessidade de que cada prejudicado promova uma ação individual só tem sentido se cada prejudicado tiver de provar, para a sua situação pessoal, a existência do dano e sua extensão (quantificação). Se o próprio réu tem condições de saber quem são os prejudicados e qual o valor exato da reparação a cada um deles, não há necessidade de sujeitá-los a ações individuais. Se um banco cobra uma taxa indevida por um certo lapso de tempo, tem condições de saber quem são seus correntistas e quanto cada um pagou indevidamente, devendo ser restituídos.

com isso e que, depois, decidiu diminuir os benefícios da promoção. A empresa, em Ação Civil Pública, foi acusada de concorrência desleal. A sentença: o dinheiro deveria ser devolvido a cada um dos consumidores que aderiram à promoção. Aqueles que não eram mais clientes deveriam receber o valor em sua conta bancária. O juiz deu 60 dias para que a empresa apresentasse a relação dos consumidores que seriam beneficiados com a sua sentença. Se a empresa decidisse recorrer, teria de apresentar a lista em 30 dias. Os dois casos ainda não foram concluídos. Tereza entende que o juiz deve agir com “certa” liberdade, o que considera imprescindível para exercer o cargo. No entanto, deve haver limites. Segundo ela, a legislação em vigor não permite a conversão de um processo em outro. Existe a possibilidade de o autor de uma ação individual, explica, desistir dessa ação e aderir ao processo coletivo. Converter as ações em liquidações provisórias, como fez o juiz na ação das diferenças da poupança, dependeria de uma mudança na lei, afirma Tereza. A advogada também observa que em uma ação coletiva é o representado quem tem de procurar a Justiça, e não o inverso como determinaram os dois juízes nos casos citados. Tereza afirma que esse tipo de decisão acaba com a previsibilidade jurídica, o que é ruim para a Justiça como um todo. “Decisões exóticas, bem intencionadas até, geram tumulto e muitos recursos. O tiro sai pela culatra.” Importante a ressalva de que notícia jornalística nem sempre espelha fielmente o pensamento de um autor, ou ao menos não lhe dá a oportunidade de sustentar seu raciocínio com todo o seu apuro teórico e filosófico, com a profundidade necessária que gostaria ou poderia fazê-lo. Todavia, fazemos uso da notícia apenas pela conveniência da discussão dos exemplos aventados, na forma como nela estão descritos.

Quanto à transformação da ação individual em liquidação individual no bojo da ação coletiva, nada mais lógico. Os autores de ações individuais em tramitação podem pedir a suspensão do seu processo enquanto tramita a ação coletiva, conforme sugere o art. 104 da Lei 8.078/1990. Se pedirem essa suspensão, serão de qualquer forma beneficiados pelo julgamento de procedência da demanda coletiva, de modo que não se discutiria mais o *an debeatur*, mas apenas o *quantum debeatur*, a depender da situação pessoal de cada lesado. Naturalmente, portanto, as ações individuais se transformariam em liquidações individuais da sentença coletiva.

A repercussão da sentença de procedência da ação coletiva nas demandas individuais torna sem interesse de agir qualquer discussão quanto à existência da responsabilidade de indenizar pelo dano genericamente considerado. Essa discussão fica superada pelo efeito *erga omnes* da decisão coletiva, passando-se apenas a discutir se, no específico caso concreto da demanda individual, o autor foi uma das vítimas do evento e qual o montante de indenização a que tem direito. Mesmo que as ações individuais ficassem suspensas, os autores poderiam promover a liquidação provisória como qualquer outro que ainda não tivesse proposto ação, desde que permitida a execução provisória da decisão coletiva. O que se fez, portanto, foi abreviar o que ocorreria

Além disso, se o réu tem o dever de indenizar, sob o ponto de vista do direito material, sendo isso reconhecido em sentença de processo coletivo, deve-se facilitar as formas de satisfação do crédito, conferindo ampla efetividade ao comando judicial.

A necessidade de cada autor individual ingressar em juízo para promover a liquidação da decisão coletiva só tem sentido se não for possível

previamente, por dados em poder do réu, qual o valor a que cada lesado tem direito. Se o próprio réu sabe quem são os lesados e tem condições de calcular o valor de indenização a que cada um tem direito, conforme os parâmetros da decisão judicial, perde o sentido exigir que cada lesado contratasse advogado e promovesse demanda individual.

Veja-se que, no exemplo citado, a liquidação dependia de mero cálculo aritmético; exigir que o réu faça o cálculo e ponha à disposição dos seus consumidores o valor devido é medida que promove socialmente, do modo mais amplo e efetivo possível, o direito reconhecido na sentença. Ela beneficia até as pessoas que sequer sabiam da existência do direito. Essa é a índole do processo coletivo: ampliar o espectro de efetividade dos direitos.

A decisão efetiva o direito superando as dificuldades dos interessados de promover o processo judicial, desde saber o direito que têm, contratar advogado, aguardar o trâmite moroso da causa, mesmo assim se o valor for minimamente significativo para tudo isso valer a pena. Ressalte-se que o valor pode ser insignificante para cada lesado individualmente considerado, mas pode ser de grandes proporções para o que se beneficiou do evento, tenha ele culpa ou não, tenha ou não agido de má-fé. O que não se poderia permitir, de qualquer modo, é que o réu, cujo dever de indenizar foi reconhecido, ficasse com o dinheiro para si por essas dificuldades inerentes à busca individual do direito, sob pena de se legitimar o enriquecimento sem causa.

No segundo exemplo, uma empresa de telefonia faz uma promoção maravilhosa, angaria diversos consumidores, toma a clientela de concorrentes e depois retira os benefícios da promoção. Sem entrar no mérito quanto ao direito material, o direito é reconhecido pela decisão coletiva e o juiz determina a devolução de valores para os consumidores, recebendo esta decisão a mesma crítica de que é o representado que deve procurar a Justiça e não o inverso.

Vale aqui a mesma consideração do exemplo anterior. Se a empresa tem condições de conhecer os lesados e quantificar o valor que cada um tem a receber, conforme os parâmetros da decisão judicial, não há necessidade de se promover liquidações individuais. Essa decisão supera os entraves para a busca individual de um direito reconhecido e promove de forma mais ampla possível a sua concretização no mundo dos fatos, prestigiando a efetividade inerente ao princípio da eficiência. Ainda que esse dinheiro não fosse disponibilizado aos consumidores lesados, a empresa não poderia se beneficiar da sua torpeza, enriquecendo às custas da dificuldade de cada lesado de acesso e movimentação da máquina judiciária. Deste modo, a solução seria admitir a execução do valor da lesão e destiná-lo ao

Fundo de Direitos Difusos e Coletivos de que trata o art. 100 da Lei 8.078/1990²¹³.

Nos dois exemplos, além disso, nenhum direito fundamental dos réus foi violado, salvo pela frustração da expectativa que tinham de que o processo, como mecanismo estatal de entrega da jurisdição, fosse demorado, complicado e não funcionasse, de sorte a manter parcela considerável dos lucros obtidos com atos ilícitos.

Além de permitir a criação de mecanismos para conferir efetividade, o princípio da eficiência impõe a superação de óbices legais intransponíveis à tutela de direitos materiais. Vamos a um tema diferente do anterior, mas ligado pelo vínculo inerente ao princípio da eficiência na prestação da tutela jurisdicional.

As medidas cautelares têm como objetivo explícito conferir *efetividade* a um provimento jurisdicional, garantindo seu resultado útil. Esta natureza deixa patente a sua vinculação com o princípio constitucional da eficiência, uma vez que nada adiantará a decisão proferida ao final do processo (principal) se não houver mecanismos para garantir a sua efetividade diante das múltiplas vicissitudes que possam frustrá-la.

As situações que podem implicar a ineficácia prática da tutela jurisdicional são as mais diversas possíveis, dependendo dos fatos e do direito material aplicável. As correspondentes medidas cautelares, que irão neutralizar os efeitos dessas situações ou comportamentos de uma das partes, deverão ter uma relação lógica de pertinência com

²¹³ Uma solução muito pior, em termos de efetividade para o direito material, do que dar o dinheiro para os consumidores. Mas, de qualquer forma, ainda é bem melhor, até o sob o ponto de vista ético, do que permitir que, na ausência de interessados, ficasse tudo por isso mesmo, ou seja: a empresa ficaria com os benefícios materiais do ato ilícito que perpetrou. A redação do dispositivo mencionado é a seguinte: “Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida. Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985.”

essas peculiaridades do caso concreto, sempre com vistas a garantir o resultado útil do provimento judicial principal.

Tendo em conta essa miríade de possibilidades, o legislador disciplinou as medidas cautelares em duas categorias: típicas ou nominadas e atípicas ou inominadas. As primeiras são expressamente reguladas na lei (tipificadas), que prevê a sua hipótese de cabimento, seus requisitos e o tipo de medida a ser concedido. É o caso, por exemplo, das medidas de arresto (arts. 813/821), seqüestro (arts. 822/825), busca e apreensão (arts. 839/843), exibição (arts. 844/845), produção antecipada de provas (arts. 846/851), sempre em referência ao Código de Processo Civil. Nessas situações mais corriqueiras da praxe forense, o legislador houve por bem formular regulação detalhada.

Quanto à cautelares atípicas, podem ser qualquer medida diante de qualquer situação que as façam necessárias, desde que haja aparência de bom direito nas alegações do requerente (*fumus boni juris*) e urgência na concessão da medida, porque não haverá tempo hábil para aguardar a eficácia própria do provimento final (*periculum in mora*). A lei reconhece ao juiz, para esse fim, um poder geral de cautela, conforme artigo 798 do CPC²¹⁴.

O ponto que se pretende enfatizar, quanto a este tópico, é que o direito a uma medida cautelar decorre do princípio constitucional da eficiência e isso implica que a lei não pode criar obstáculos à sua concessão para o caso em que a omissão judicial nesse sentido redundar na frustração da efetividade do direito material que se busca tutelar no processo principal.

A consideração acima aduzida implica relevantes conseqüências de ordem prática, tendo fundamental importância para a análise das medidas cautelares típicas.

²¹⁴ CPC, art. 798: “Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.”

Vejamos um exemplo emblemático, o do arresto. O artigo 814, inciso I, do CPC, exige para a concessão do arresto “prova literal da dívida *líquida* e certa”. A exigência de liquidez da dívida pode ser um obstáculo à concessão dessa relevante medida cautelar em casos nos quais a dívida, embora evidentemente já exista, sendo *certa*, ainda não tem liquidez. Todos os casos de danos múltiplos a pessoas ou bens, ocasionados por desastre, em que o empresário tem responsabilidade objetiva se enquadram nessa hipótese (dívida *certa*, porém ainda não *líquida*), como a queda de um avião, um grande derramamento de óleo no mar, a explosão de uma loja de fogos de artifício, o vazamento de substância radioativa, a venda de um medicamento com efeitos colaterais letais, etc.. São casos em que a dívida já existe²¹⁵, provavelmente será quantitativamente grande e não se pode, pelo teor literal do mencionado dispositivo legal, proceder-se ao arresto, ainda que o devedor esteja rapidamente se desfazendo do seu patrimônio para furtar-se à responsabilização decorrente de tais fatos.

Quer dizer, até o desfecho do processo principal, antevendo a sua ruína financeira pela incapacidade patrimonial de pagar as indenizações decorrentes dos danos, o empresário terá tempo suficiente para dilapidar todo o seu patrimônio, desviando-o para terceiros (“*larajnas*”) e procurando arquitetar uma estrutura jurídica que impeça ou dificulte o rastreamento dos valores obtidos com a alienação do seu patrimônio. Mesmo que se consiga obter o dinheiro desviado, isso exigirá esforços hercúleos de investigação, uma rapidez na coleta de informações que o Poder Judiciário normalmente não tem, bem como administrar os danos sociais causados pelo envolvimento de terceiros de boa-fé que tenham contratado com o mesmo empresário. Muito mais rápido, simples e eficaz, aos credores futuros e à sociedade, será permitir o arresto mesmo com a dívida ilíquida.

A limitação legal, desse modo, não se compadece com o princípio constitucional da eficiência, devendo ser afastada se for óbice à eficácia do futuro

²¹⁵ *Ex facto, oritur jus*. A obrigação decorre diretamente do ato ilícito ou, mesmo lícito, lesivo, tendo como fonte a lei. Ocorre o fato e nasce a obrigação.

provimento jurisdicional que reconheça devido o pagamento de indenização. Essa é a solução cabível à luz do princípio constitucional da eficiência²¹⁶.

6.7 O caráter relativo do princípio da eficiência

Precisamos deixar claro que o princípio da eficiência não é um sol em torno do qual gravitam todos demais os institutos do processo, muito embora ele tenha luz para indicar o caminho no sentido dos seus escopos. A busca pela eficiência convive com uma multiplicidade de normas processuais que são direcionadas à proteção de outros valores relevantes pelo sistema, como a garantia do contraditório e da ampla defesa, a vedação a provas obtidas por meios ilícitos, o direito de julgamento por um juiz imparcial, a existência de recursos previstos na legislação, etc.

²¹⁶ Importante registrar que há entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de superar os requisitos específicos do arresto quando inviabilizam a proteção do direito material e a efetividade do processo, invocando-se o poder geral de cautela do juiz. Nesse sentido José Miguel Garcia de Medina, Fábio Caldas de Araújo e Fernando da Fonseca Gajardoni: “Indaga-se se, uma vez ausentes os requisitos específicos previstos em alguns destes procedimentos cautelares especiais, seria possível a concessão de tutela cautelar, uma vez demonstrados o periculum in mora e o fumus boni juris. A nossa resposta a esta questão é positiva, e nesse sentido também caminha a jurisprudência mais recente, consoante observamos acima. Tem-se entendido, com efeito, que, presentes os requisitos genéricos da cautelar atípica previstos no art. 798 do CPC (fumus boni juris e periculum in mora), deve ser concedida a medida acautelatória, ainda que ausentes os requisitos específicos da tutela cautelar típica. É o que ocorre, por exemplo, com a cautelar de arresto, para cuja concessão exige-se os requisitos dispostos nos arts. 813 e 814 do CPC – requisitos estes essenciais, de acordo com o art. 814. Neste caso, ainda que ausentes os requisitos específicos previstos nos arts. 813 e 814 do CPC, haverá de ser concedida a tutela de urgência adequada ao caso, se presentes o periculum in mora e fumus boni juris. Nesse sentido, em precedente expressivo, decidiu o STJ que, “considerando que a medida cautelar de arresto tem a finalidade de assegurar o resultado prático e útil do processo principal, é de se concluir que as hipóteses contempladas nos art. 813, CPC, não são exaustivas, mas exemplificativas, bastando, para a concessão do arresto, o risco de dano e o perigo da demora. ”Esta orientação vem sendo seguida pela jurisprudência mais recente do referido Tribunal, havendo decisões no sentido de que deve ser concedido o arresto, ainda que fora das hipóteses elencadas nos arts. 813 e 814 do CPC, e outros julgados sustentando que, no caso, seria admissível a concessão de tutela cautelar inominada ou atípica, “com os mesmos efeitos de arresto”. (MEDINA, José Miguel Garcia de, ARAÚJO, Fábio Caldas de, GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos Cautelares e Especiais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009; p. 134/135). Em nota de rodapé, os autores colacionam os seguintes precedentes jurisprudenciais: “As hipóteses enumeradas no art. 813, do CPC, são meramente exemplificativas, de sorte que é possível ao juiz deferir cautelar de arresto fora dos casos enumerados” (STJ, REsp 709479/SP, 3.ª T., j. 1.º 5.12.2005, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 01.02.2006, p. 548); “O art. 813 do CPC deve ser interpretado sob enfoque ampliativo, sistemático e lógico, de sorte a contemplar outras hipóteses que não somente as expressamente previstas no dispositivo legal (STJ, REsp 909.478/GO, 3.ª T., j. 09.08.2007, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 27.08.2007, p. 249). “É admissível o ajuizamento de ação cautelar inominada, com os mesmos efeitos do arresto, em face do poder geral de cautela estabelecido no art. 798 do CPC, para fins de assegurar a eficácia de futura decisão em ação de indenização proposta pelo autor, caso lhe seja favorável. (STJ, REsp 753788/AL, 4.ª T., j. 04.10.2005, rel. Min. Félix Fisher, DJ 14.11.2005, p.400. (...))”.

Assim, o princípio da eficiência, como toda norma jurídica, tem um caráter relativo, devendo conviver num jogo consertado e harmônico com todas as demais normas do sistema. A eficiência muitas vezes será sacrificada sem qualquer problema, quando outros bens, valores ou interesses, dignos de proteção, assim o justificarem. Nossa preocupação está nos casos em que a eficiência vem sacrificada sem qualquer razão relevante, ou em implementar soluções que possam prover eficiência sem o sacrifício de outros bens, valores e interesses relevantes para o sistema normativo.

Temos falado tanto das possibilidades do princípio da eficiência pela singela razão de que este trabalho é vocacionado ao seu estudo, tendo como premissa a constatação de que se negligencia na exploração das possibilidades da sua aplicação e que muito pode ser feito nesse sentido.

Nenhuma norma do sistema, seja regra ou princípio, tem caráter absoluto. Justamente porque o sistema comporta visão holística, harmônica e unitária, compreendendo todo um conjunto de bens, interesses e valores, só se pode aplicar corretamente o princípio da eficiência se todos os aspectos que envolvem uma questão de direito puderem ser adequadamente ponderados e sopesados para a decisão a ser proferida.

Um exemplo irá colaborar para aclarar este caráter relativo, mesmo de normas constitucionais. Vejamos a regra da inadmissibilidade no processo de provas obtidas por meios ilícitos, conforme prescrição do art. 5.º, LVI, da CF. Sobressai clara a disposição constitucional de impor um limite à descoberta da verdade real no processo, impedindo a ilegalidade como meio para a satisfação de uma pretensão, ainda que esta seja legítima. Protege-se a sociedade e os direitos de cada um de seus membros, negando validade à prova obtida por meios ilícitos, ainda que sirvam para a tutela de um direito legítimo daquele que se vale da prova. Desestimula-se a conduta ilícita e deixa-se claro que os fins não justificam os meios.

O direito ao contraditório e à ampla defesa, princípios previstos no artigo 5.º da Constituição, como instrumentos para a defesa do direito material, com seu corolário lógico, que é a capacidade de descoberta da verdade real, ficam limitados por outro direito material, de índole constitucional, pertinente à proteção do patrimônio jurídico das pessoas contra quem os atos ilícitos poderiam ser praticados para a produção probatória. Os princípios do contraditório e da ampla defesa ficam limitados por uma regra constitucional.

Todavia, regras e princípios não têm caráter absoluto e podem ser flexibilizados. Como se sabe, interceptação ambiental de sons e imagens depende de ordem judicial e também de que a investigação seja realizada para fins de instrução criminal. Imaginemos a situação de um pai que grava imagens da casa da sua ex-mulher, mãe de sua filha, com câmeras escondidas, que mostram que a mãe está envolvendo a criança em atos sexuais com outros adultos. O pai pretende usar essa prova em processo de obtenção de guarda da menor, portanto processo civil, e reclama medida liminar.

A hipótese aventada naturalmente suscita polêmica sobre o aspecto jurídico, quanto à possibilidade de admissão dessa prova, ilicitamente obtida²¹⁷. Ocorre que, neste caso, não estão mais em jogo apenas os princípios do contraditório e da ampla defesa, de um lado, com o direito que dão a produzir provas, e a regra de vedação às provas obtidas por meios ilícitos, de outro lado. A discussão passa a ser influenciada pelo direito de não exploração sexual da menor²¹⁸, pela sua dignidade humana²¹⁹, pelo princípio constitucional da absoluta prioridade que a família, o Estado e a sociedade devem conferir a crianças e adolescentes, bem como pelo princípio da proteção integral²²⁰. A força destes outros princípios constitucionais de direito material constitucional que se somam aos princípios do

²¹⁷ Esta hipótese foi aventada pelo Prof. José Roberto dos Santos Bedaque, meu orientador nesta tese.

²¹⁸ CF, art. 227, § 4.º: “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.”

²¹⁹ CF, art. 1.º, III: “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: a dignidade da pessoa humana.”

²²⁰ Prioridade absoluta e proteção integral estão positivados na CF, art. 227, caput: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, *com absoluta prioridade*, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, *além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.*”

contraditório e da ampla defesa, nesta hipótese concreta, faz superar o obstáculo atinente à inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos.

Igual raciocínio foi desenvolvido na jurisprudência com o art. 5.º, XII, da CF. Este dispositivo proclama como direito fundamental que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.” O seu teor literal, isoladamente considerado, faz crer que apenas as comunicações telefônicas podem ser violadas, mesmo assim por ordem judicial e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, isto é, as comunicações telegráficas e epistolares seriam absolutamente invioláveis.

Imaginemos, contudo, que um líder de facção criminosa resolva determinar a morte de opositores e autoridades por meio de cartas, ou prosseguir com as atividades ordinárias da sua organização por determinações escritas em cartas. Nesse caso, se fosse dado caráter absoluto ao direito abrigado nesse dispositivo, outros bens jurídicos tão ou mais relevantes que a proteção da intimidade ficariam desguarnecidos, como a vida, a saúde, o patrimônio e a segurança pública da sociedade²²¹.

O princípio da eficiência também se submete a esta relatividade normativa, de modo que às vezes afasta outras regras e princípios constitucionais, mas às vezes tem a sua projeção mitigada em prol deles. A eficiência é um valor, com carga normativa, extremamente relevante, fora do processo e dentro dele, mas não é o único. Há direitos fundamentais no processo que não podem ser desconsiderados pelo princípio da eficiência. Deve-se buscar sempre uma convivência harmônica entre as normas incidentes no caso

²²¹ O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de decidir essa questão e assentou que: “A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei nº 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.” (STF, HC nº 70.814-5/SP, DJ de 24.06.1994, Rel. Min. Celso de Mello – RT 709/418)

concreto, a fim de privilegiar a solução que promova o máximo possível todos os valores, bens e interesses juridicamente protegidos, sem prejuízo de, no limite, fazer prevalecer um deles em detrimento dos demais.

7. Estudo de caso: o princípio da eficiência e sua relação com as garantias do contraditório e da ampla defesa.

Usando uma imagem criada para conceber o sistema de separação entre os poderes, há uma engrenagem de freios e contrapesos no concerto de convivência entre os princípios, donde a eficácia de todos deve ser promovida ao máximo possível, dentro das possibilidades de fato e de direito envolvidas em cada situação concreta. Como já assinalamos, o princípio da eficiência deve conviver em harmonia com os demais princípios constitucionais, não se podendo atropelar direitos e garantias fundamentais dos litigantes no processo. Ainda que convencido do acerto de uma tese ou posição, do acontecimento de um fato alegado, não pode o juiz, em nome da celeridade processual, dispensar a oitiva da parte contrária a seu respeito, sob pena de malferir o direito ao contraditório.

Há situações, contudo, na quais se discute a supressão legítima do direito ao contraditório como inerente à eficiência que se espera do processo, ou uma nova concepção do contraditório, que ora exige provocação do interessado para o seu exercício (técnica da inversão do contraditório), ora só admite o contraditório exercido em caráter coletivo por um representante adequado de uma massa de interessados.

7.1 A supressão do contraditório pelos provimentos satisfativos

No âmbito das tutelas de urgência, há duas situações a serem consideradas: a) as que determinam o diferimento do contraditório; b) as que justificam a sua supressão, à luz do princípio da eficiência.

É velha conhecida da doutrina e da jurisprudência a necessidade de se obter provimentos de urgência (cautelares ou antecipações de tutela) sem a oitiva de uma das partes, quando seu comportamento puder frustrar o resultado útil da medida cautelar pleiteada. Esta primeira situação justifica o *diferimento* do contraditório: quando a parte prejudicada pela decisão puder frustrar a sua efetividade se tiver ciência prévia da medida.

Esse perigo de se frustrar a tutela de urgência, quiçá com a eliminação do resultado útil do processo principal, pode ocorrer não só pelo comportamento da parte e sim porque a urgência é tão grande que fica inviável aguardar os trâmites burocráticos do contraditório, consistentes na notificação da parte para opor-se à pretensão e no escoamento de um prazo para que a mesma possa manifestar a sua contrariedade.

Nestas duas hipóteses, sendo o caso de se deferir a medida, o contraditório fica postergado para um momento posterior.

A terceira situação implica uma gravidade maior. O caso é de se pleitear uma medida irreversível e revestida de uma urgência tão grande na sua concessão que a negativa importaria perecimento do próprio direito invocado, ou suposto direito; por outro lado, a concessão da medida consolida uma situação de fato, com prejuízo irreversível ao patrimônio jurídico do réu, sem que lhe seja dada a possibilidade de se manifestar a seu respeito. O juiz fica entre a cruz e a espada: precisa decidir sobre um pedido revestido de extrema urgência, sem oportunidade de ouvir o réu em tempo hábil, de sorte que, concedido o pedido, o réu ficará irremediavelmente abalado em seu patrimônio; não concedido, o eventual direito do autor ficará definitivamente sepultado²²².

Essa situação é a mais tensa entre o princípio da eficiência e o contraditório, razão pela qual alongaremos a reflexão.

O primeiro ponto que chama a atenção está nos indeferimentos de processos cautelares ou medidas cautelares em razão da sua “*natureza satisfativa*”. Vez por outra vemos manifestações da jurisprudência considerando dogma assente a impossibilidade de medida cautelar de natureza satisfativa²²³.

É preciso refletir sobre essas afirmações para evitar que promovam, indiscriminadamente, a ineficácia de direitos, atentando contra o princípio da eficiência.

²²² Esse tipo de situação, embora tenham sido objeto de exame judiciário em casos isolados, ainda não mereceu uma teorização analítica com a devida profundidade.

²²³ Nesse sentido: “Inadmissível, em sede de cautelar, o deferimento de providência de cunho satisfativo a ser apreciado, de modo definitivo, na ação principal.” (STJ, REsp 289925/SC, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 22/09/2003); “NATUREZA SATISFATIVA DAS MEDIDAS CAUTELARES – IMPOSSIBILIDADE – PRECEDENTES” (STJ, AgRg no REsp 683837/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 13/02/2006); “AÇÃO CAUTELAR. TUTELA SATISFATIVA. IMPOSSIBILIDADE. 1. É de sabença que o processo cautelar tem natureza instrumental e, como escopo essencial, evitar a inutilidade dos processos de conhecimento e de execução.” (STJ, REsp 801032/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 18/05/2006); “É de ser extinto o processo cautelar, sem resolução do mérito, quando a pretensão é de natureza satisfativa.” (STJ, REsp 991007/MS, Rel. Min. José Delgado, DJe 14/04/2008).

Como já dito, a lei não pode criar limitações à concessão da cautelar se tais limitações implicarem a negação da efetividade do direito material envolvido. Há vários casos em que a negativa da concessão da medida cautelar, embora tenha caráter satisfativo, pode frustrar definitivamente o direito material da parte requerente.

Pensemos num pedido de uma equipe médica, ou de um hospital, de autorização para transfusão de sangue num paciente infante com risco de vida, quando seus pais negam o consentimento à realização do procedimento por convicção religiosa. É verdade que a concessão liminar do pedido teria natureza satisfativa, mas a negativa da concessão do pedido, por outro lado, poria em risco o bem jurídico tutelado, que é a vida do paciente, com seu respetivo direito à vida. Pode ser que não haja tempo hábil para o contraditório, ou para a produção de provas, como poderia ser o desejo dos pais de demonstrar que haveria outras possibilidades técnicas de risco menor ou equivalente.

Veja-se que há situações da vida em que uma ação pode ser apreciada e julgada, com o esgotamento do seu objeto em caráter irreversível, sem qualquer tipo de defesa daqueles que terão de suportar os seus efeitos e deveriam figurar como réus da demanda, já que, não fosse assim, restaria irremediavelmente frustrado o direito que se reclama. Ainda que não haja espaço para o contraditório, para a ampla defesa, para a instrução, é preciso lembrar nestas horas que o processo é mero instrumento de realização do direito material, que não pode ser sacrificado em nome da proteção de outros direitos de índole meramente processual. Se o juiz simplesmente negar o pedido em razão do caráter satisfativo da cautelar, ignorando o apelo da equipe médica, estará pondo em risco concreto o direito à vida do paciente.

Uma decisão que deferisse a medida liminar em ação cautelar desse tipo terá respeitado o devido processo legal? Embora, aparentemente, tenha havido uma violação do devido processo legal pela impossibilidade de exercício de direitos processuais, o *due process of law* foi atendido uma perspectiva *substancial*, ou seja, de que o processo efetivamente serviu para atendimento a um direito fundamental material.

É melhor, do ponto de vista da distribuição da justiça para fins de proteção social e individual, contar com a possibilidade de um juiz decidir casos extremos como esse, ponderando as circunstâncias do caso concreto, do que simplesmente vedar de antemão, em abstrato, qualquer possibilidade de reação jurisdicional a uma lesão iminente de direitos fundamentais, sob o fundamento da *satisfatividade* da medida. É melhor deixar aberta uma possibilidade de reação estatal para a proteção de direitos, ainda que prejudicada a defesa ou mesmo algum recurso, dependendo do caso, do que simplesmente se resignar, sempre, com a violação do direito pela omissão do Estado. Opera-se aqui a relativização do direito constitucional processual ao contraditório e à ampla defesa em prol da efetividade de direitos materiais fundamentais, tendo como diretriz fundamental a natureza instrumental do processo.

Veja-se que, embora o direito consubstanciado na pretensão do autor seja eventual, uma vez que só se poderia falar de certeza com o trânsito em julgado da procedência da demanda, o direito de resistência do réu também é eventual, uma vez que só a improcedência da demanda, com trânsito em julgado, daria a certeza de que ele tem razão.

Não há porque afastar *a priori* o eventual direito do autor, sempre em proteção do eventual direito do réu, quando a situação de fato trazer ao juiz o dilema de proferir uma decisão urgente e irreversível, que não permita o contraditório ou a produção dilargada de provas, que é corolário do contraditório.

Várias outras hipóteses se enquadram nesse debate: por exemplo, o pedido de demolição de um prédio que ameace ruína. Se o juiz negar o pedido de antemão em virtude do seu caráter satisfativo, sem sequer analisar as provas produzidas, é possível que a ruína natural do prédio cause um desastre à incolumidade física de quem estiver ocupando o mesmo, ou então dos vizinhos. Será a completa negação do direito material que se quer proteger. É preferível, desse modo, que o juiz avalie a situação concreta, as provas

produzidas, e decida, concedendo ou não a medida liminar em caráter cautelar, ainda que em caráter satisfativo e irreversível para o réu²²⁴.

A mesma situação ocorre com o pedido de dissolução de uma passeata que impede o fluxo regular de veículos, incluindo ambulâncias. Negar o pedido pelo seu caráter satisfativo permitiria sempre que um grupo de pessoas promovesse a balbúrdia no trânsito, deixando prejudicado o direito difuso de ir e vir.

O processo não pode ser um estorvo que implique irremediavelmente a ineficácia de direitos. À luz do princípio da eficiência e mesmo do devido processo legal, sob perspectiva substantiva, sempre deverá haver uma porta aberta para reclamar-se tempestivamente ao Poder Judiciário e obter um provimento em proteção a direitos fundamentais, ainda que eventuais e sustentados por prova sumária, deixando a decisão ao prudente critério do magistrado, que terá de decidir com os elementos que tiver em mãos. Melhor tolerar isto do que simplesmente nos resignarmos com a total omissão do Estado e a impossibilidade de qualquer proteção, a pretexto de violação do contraditório e da ampla defesa.

Cabe aqui um esclarecimento quanto à natureza jurídica da medida de urgência. Na realidade, as medidas cautelares de natureza satisfativa eram comumente manuseadas na praxe forense antes do instituto da tutela antecipada, que foi introduzido pela Lei 8.952/1994, alterando a redação do art. 273 do CPC. As partes não tinham um instrumento eficaz que garantisse a eficácia do provimento útil ao final almejado e simultaneamente antecipasse os efeitos da tutela definitiva. Valiam-se, assim, da medida cautelar para a obtenção desses efeitos²²⁵. Com a consagração da tutela antecipada, como regra, não há mais espaço para a utilização de cautelares de natureza satisfativa²²⁶.

²²⁴ Principalmente se for um prédio que não pode ser simplesmente desocupado, porque sua ruína natural ameaçaria a incolumidade física de vizinhos ou transeuntes. Ainda que a defesa civil do Município já tome providências de praxe num caso como esse, a demolição do prédio, como destruição da propriedade, depende de determinação judicial.

²²⁵ Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart sintetizam bem essa passagem histórica: “A morosidade da prestação jurisdicional, oriunda, como é sabido, das mais diversas causas, também está ligada à ineficiência do velho procedimento ordinário, cuja estrutura encontrava-se superada antes da introdução da tutela antecipatória no Código de Processo Civil. A inefetividade do antigo procedimento ordinário

Todavia, esta afirmação também deve ser vista com bastante reservas, dentro de uma perspectiva iluminada pelo princípio da eficiência, por dois motivos: a) ainda há espaço para cautelares tipicamente satisfativas; b) o equívoco no manejo da medida cautelar ao invés de uma ação principal com pedido de tutela antecipada não pode implicar a negativa de proteção jurisdicional ao direito material, devendo-se aplicar o princípio da fungibilidade.

Vamos ao primeiro motivo. Não foi completamente eliminada a possibilidade de propositura de medidas cautelares de natureza satisfativa. Há situações da vida em que uma pessoa dispõe de elementos indiciários convincentes para pleitear e obter uma tutela jurisdicional de proteção a direitos, seja para evitar ou impedir a continuação de ato aparentemente ilícito, sem que ainda disponha, contudo, de elementos probatórios bastantes para propor desde logo uma ação principal, com pedido claramente definido. Quando o comportamento do réu é de *aparente* ilicitude, o autor só terá a certeza e a segurança necessárias para o ajuizamento de uma demanda *definitiva* após os esclarecimentos do réu; todavia, diante da urgência da situação, enquanto esses esclarecimentos não são prestados, poderá haver a necessidade de uma medida de urgência para estancar esse comportamento aparentemente ilícito.

transformou o art. 798 do CPC em autêntica “válvula de escape” para a prestação da tutela jurisdicional tempestiva. De fato, a tutela cautelar transformou-se em técnica de sumarização do processo de conhecimento e, em última análise, em remédio contra a ineficiência do velho procedimento ordinário, viabilizando a obtenção antecipada da tutela que somente poderia ser concedida ao final. A tutela antecipatória, em outras palavras, foi tratada como tutela cautelar, embora esta última tenha por fim apenas assegurar a viabilidade da realização do direito. É claro que essa distorção foi fruto da necessidade de celeridade e da exigência de efetividade da tutela dos direitos. Mas era necessária a sistematização das formas de tutela sumária; tal sistematização foi resultado da manifestação da técnica processual a serviço dos ideais de efetividade do processo e, portanto, de efetivo acesso à ordem jurídica justa. O uso da tutela cautelar com fim satisfativo, ou como técnica de antecipação da tutela de conhecimento, aliado ao problema, que se verificava com muita frequência na prática forense, da desnecessária duplicação de procedimentos para a tutela do direito material, levou o legislador brasileiro a introduzir no Código de Processo Civil, no final do ano de 1994, a norma que hoje consta no art. 273, verbis (...) (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2001; p. 209/210).

²²⁶ Nesse sentido o STJ no REsp 577693/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 03/10/2005: “Após a criação dos institutos da antecipação dos efeitos da tutela (art. 273) e das ações de tutelas específicas (arts. 461 e 461-A), através das reformas do CPC promovidas pelas Leis 8.952/94 e 10.444/02, não há mais espaço, via de regra, no sistema processual civil brasileiro, para a concessão de medidas cautelares autônomas com natureza satisfativa. Excepcionada a medida cautelar fiscal de que trata a Lei 8.397/92, lei específica do procedimento cautelar fiscal.”

Exemplificando, imaginemos que uma pessoa leia o jornal e veja a notícia de que o Poder Executivo de um município qualquer resolveu prorrogar o contrato de prestação de serviços de publicidade com uma empresa, a um preço claramente abusivo, pela razão de que “a Prefeitura está satisfeita com o serviço”. Como se sabe, a prorrogação de contrato administrativo exige a presença de pressupostos excepcionais para sua possibilidade jurídica, devidamente previstos em lei, porque a regra é que, findo o contrato, deveria haver nova licitação; certamente o gosto pelo serviço prestado, generosamente pago, não se inclui entre as exceções previstas na lei. Imagine-se que a notícia informe que a prorrogação acabou de ser assinada, por um período de quatro meses.

Um cidadão, querendo ter acesso ao conteúdo do contrato e do procedimento administrativo que lhe deu origem, para analisar a viabilidade de propor ação popular, dirige-se à Prefeitura. Lá, é informado que terá de fazer um requerimento fundamentado e que terá a resposta em 20 (vinte) dias. Veja-se que essa pessoa terá de aguardar vinte dias para ter uma resposta de acesso a esses documentos, que não será necessariamente positiva. Por outro lado, enquanto isso, o contrato, provavelmente existente, vai sendo executado, com dispêndio irregular de dinheiro público.

Nesse caso, é cabível uma medida cautelar para sustar os efeitos do contrato, providência que se obteria ao final de uma demanda principal, consistente no pedido de nulidade do mesmo. Todavia, seria temerário propor desde logo uma demanda principal com o pedido de nulidade do contrato e simultâneo pedido de antecipação dos efeitos da tutela, apenas com base na informação prestada por jornal. O autor da demanda popular cautelar, então, postula medida liminar para sustar a prorrogação do contrato, com o mesmo efeito prático de uma demanda principal declaratória da sua nulidade, afirmando expressamente que a análise da propositura da ação principal ficaria a depender dos termos do contrato de prorrogação, a ser oferecido pela Municipalidade em sua resposta.

Situações como essa mostram que a aplicação irrefletida de dogmas pode levar a injustiças. Se viesse uma decisão de carência da inicial por inadequação da via eleita, o patrimônio público restaria vulnerado pela execução indevida do contrato. Por sua

vez, obrigar o autor a propor uma demanda principal com pedido de tutela antecipada seria temerário, pela falta de documentos hábeis a lhe dar supedâneo. Ou então o autor que se submetesse à *via crucis* do pedido de informação a ser respondido em vinte dias. É cabível, portanto, em situações excepcionais, a medida cautelar de cunho satisfativo.

Cabe aqui um breve *obiter dictum* a propósito da serventia de notícias jornalísticas como meio de prova. Decerto que elas podem não ser suficientes para uma sentença, que deve estar fundada, tanto quanto possível, em cognição plena e exauriente. Todavia, referidas matérias jornalísticas, desde que produzidas por entidades sérias e idôneas²²⁷, que fazem parte do nosso dia-a-dia na sociedade e têm credibilidade pela qualidade das suas matérias, entrevistas e editoriais, bem como pela longa existência no mercado jornalístico, podem sim servir de supedâneo à concessão de medidas urgentes e acauteladoras, mormente quando as matérias fazem referência a dados específicos e detalhados.

O Poder Judiciário não pode e nem deve ignorar o mundo à sua volta, como se os fatos retratados em notícias jornalísticas simplesmente não existissem. Claro que não deve confiar neles cegamente, como se fossem prova cabal e incontestável, mas é um erro desconsiderá-los *a priori*, pelo só fato de estarem retratados em jornal, como se tudo o que fosse veiculado por estes meios de comunicação fosse inverídico e imprestável. Trabalhar com este pensamento preconceituoso representa o cúmulo da alienação e da clausura institucional. Os fatos retratados em matérias jornalísticas podem servir de *fumus boni juris* para a concessão de medidas urgentes, com nítido caráter cautelar, sem prejuízo de que o Poder Judiciário venha, posteriormente, a checar a sua procedência., à luz do contraditório e da ampla defesa, sob o pálio do devido processo legal.

Chegamos aqui ao segundo motivo. Ainda que se tenha denominado de “medida cautelar” providência que deveria ser concedida como tutela antecipada, isso não será motivo para a extinção do processo sem julgamento de mérito. Basta ao juiz decidir o pedido referente à medida de urgência e determinar ao autor a emenda da petição inicial

para convolar o processo cautelar em definitivo, podendo aduzir novos argumentos, requerimentos ou juntar outras provas.

É a aplicação do princípio da fungibilidade. Pode parecer sem importância prática se o juiz do caso vê isso de imediato. Mesmo que julgasse extinto o feito, a ação poderia ser novamente proposta rapidamente; poucos seriam os casos de lesão a direitos por esse ato judicial, embora em situações de extrema urgência isso viria a ocorrer. Todavia, essa posição de preservar o ato já praticado pela parte com *nomen juris* incorreto cresce bastante de importância quando o processo cautelar já está há muito tempo tramitando, seja ainda em primeiro grau, seja em grau de recurso nos Tribunais, à vezes com medida liminar deferida e em vigor. Seria arrematado exagero, com manifesto prejuízo à eficácia prática da tutela jurisdicional, extinguir-se o processo cautelar por essa singela deficiência técnica. Seria como se o nome do instrumento fosse mais importante que o seu conteúdo e a própria finalidade que busca atingir, em total deturpação do mérito pela forma.

O § 7.º do art. 273 do CPC, acrescentado pela Lei 10.444/2002, introduzido com o intuito de promover agilidade e presteza à tutela jurisdicional, prevê expressamente a fungibilidade para o caso de o autor pedir como tutela antecipada decisão que seria pertinente a um processo cautelar. Nada impede a via inversa, ou seja, que se conceda provimento de tutela antecipada se o autor o tiver requerido como medida cautelar – *ubi eadem ratio, ibi eadem jus*.

Em síntese do quanto exposto, o que importa é assentar que, seja medida cautelar, seja tutela antecipada, a medida de urgência não pode ser negada apenas pelo seu caráter de irreversibilidade para o réu. Se a negativa da concessão da medida for irreversível para o réu, mas também o for para o autor, implicando a supressão do seu eventual direito, o juiz deverá julgar o pedido com os poucos elementos que dispuser, não se concebendo o sacrifício do eventual direito do autor seja realizado pela impossibilidade do exercício do contraditório, uma vez que tal perspectiva violaria a efetividade na realização de prováveis direitos, fragilizando o sistema estatal de prestação da tutela jurisdicional, bem

²²⁷ Refiro-me a jornais como a “Folha de São Paulo”, “Estado de São Paulo”, “O Globo”, “Correio

como violaria o direito de igualdade entre as partes, prestigiando sempre a posição jurídica do réu, cujo direito de resistência também ostenta o timbre da incerteza.

7.2 O princípio da eficiência e a técnica de inversão do contraditório

Uma das técnicas para a promoção do princípio da eficiência consiste na inversão do contraditório. Isso significa a possibilidade de tomar medidas enérgicas e urgentes para conferir efetividade a direitos aparentemente violados, sem abrir mão do contraditório e da ampla defesa, os quais deverão ser exercitados pelo interessado na via do direito de ação, se e quando o desejar.

Um exemplo vai aclarar o raciocínio. Há algum tempo atrás, os bancos, na qualidade de depositários de dinheiro custodiado em conta judicial, entendiam que, anos após a tramitação da causa, deveriam devolver o mesmo valor nominal depositado, isto é, o mesmo montante sem juros e nem correção monetária. Esse entendimento era absurdo; seria até possível discutir a pertinência dos juros, mas não da correção monetária, que simplesmente recompõe ao tempo presente o valor real da quantia depositada no passado.

Saber quanto a instituição financeira tinha de devolver era uma questão. Outra questão, não menos relevante, era saber se, diante da resistência da instituição financeira em devolver o montante depositado com juros e correção, o juiz da causa poderia determinar a devolução do montante que entendesse correto ou se seria necessária a propositura de uma ação específica contra a depositária para esse mesmo fim.

A instituição financeira não tinha a qualidade de parte na causa, de modo que havia um certo melindre em se permitir ao juiz da causa que proferisse determinações contra ela, repercutindo em seu patrimônio. Por outro lado, a parte que já aguardou anos a definição da causa originária, caso quisesse reaver seu dinheiro depositado devidamente recomposto pela inflação, deveria então submeter-se a um novo, moroso e fatigante processo judiciário, desta feita contra a instituição depositária; isso num tema em que, ao menos quanto à correção monetária, evidentemente tinha razão na sua pretensão.

O Superior Tribunal de Justiça, debruçando-se sobre o tema, editou a súmula n.º 271, do seguinte teor: “A correção monetária dos depósitos judiciais independe de ação específica contra o banco depositário”.

Essa súmula prestigia adequadamente o princípio da eficiência, porque permite que uma lesão evidente a direito da parte, de reaver o dinheiro com correção monetária, seja prontamente reparada, sem prejuízo de que a instituição financeira, caso queira, possa promover ação em juízo para obter a devolução da quantia que teria desembolsado a maior, seja da parte que recebeu, seja do Estado que assim determinou. É uma pretensão ingrata, quase temerária, mas as portas do Poder Judiciário estão abertas caso queira nela se aventurar. Não se lhe nega o direito ao contraditório ou à ampla defesa: apenas se inverte o ônus de buscar o Poder Judiciário para a tutela de um direito aparentemente inexistente.

Essa técnica de inversão do contraditório também é usada na fraude à execução. Quem não é parte no processo sofre um ato de constrição sobre seus bens pela consideração do juiz da causa de que sua aquisição fora feita com o propósito de obstruir a efetividade dos direitos envolvidos na causa, fraudulentamente. Trataremos disso especificamente à frente (vide cap. IV), mas já se adianta que o procedimento adotado pelo sistema está de conformidade com o texto constitucional porque promove a efetividade de um direito evidente com a necessária celeridade, sem prejuízo da possibilidade do prejudicado valer-se do contraditório e da ampla defesa para a tutela do seu patrimônio, mas com o ônus de ele mesmo ir a Juízo, pela via do direito de ação – no caso, por embargos de terceiro, a fim de demonstrar o equívoco da determinação que lhe atingiu.

Sempre que se exige *efetividade do sistema jurídico para a tutela de direitos*, principalmente no combate a fraudes em geral ou a direitos dotados de elevado grau de evidência, a técnica da inversão do contraditório pode ser usada para conciliar a necessidade de se garantir o devido processo legal e a ampla defesa, com a não menos relevante necessidade de se tutelar rápida e efetivamente direitos evidentes, ou a

necessidade moral, ética e socialmente imprescindível de se coibir o êxito da má-fé, de comportamentos predispostos a prejudicar pessoas.

Deixe-se bem claro: não se trata de suprimir o contraditório, mas sim de tutelar pronta e efetivamente direitos evidentes, transferindo o ônus de provocar a inércia da máquina judiciária para a pessoa que está presumivelmente (ou provavelmente) lesando direitos.

Vejamos a desconsideração da personalidade jurídica. Há quem seja enfaticamente contrário à possibilidade da sua decretação no curso do processo de execução, alegando o desrespeito ao contraditório e à ampla defesa do sócio. Todavia, nada obsta que ele exercite a sua “defesa” por meio da ação de embargos de terceiro, com ampla possibilidade de alegar e provar a ausência dos pressupostos legais que ensejam a desconsideração.

Esse modo de proceder impede que o abuso da personalidade jurídica logre êxito em frustrar a satisfação de um crédito em curso de execução, dando pronta efetividade ao direito do exequente, postergando para posterior análise a defesa do beneficiário do [provável] uso abusivo da personalidade jurídica.

O que está se defendendo, como uma técnica que prestigia o princípio da eficiência, é exatamente a lógica que orienta o processo de execução por título extrajudicial. Tais títulos permitem desde logo a invasão da esfera patrimonial do autor, cuja defesa só será possível pela via do ataque, pelo direito de ação, por meio dos embargos do devedor. Fica clara uma inversão do contraditório, sendo que o título só permite isso desde que seja líquido, certo, exigível e revestido das formalidades legais, ensejando uma espécie de tutela de evidência.

Nesta ação de embargos do devedor, sua cognição será ampla, sem restrições de alegação ou produção probatória. Nada que difere da resposta que poderia ser oferecida

se o executado fosse réu em ação de conhecimento pelo procedimento ordinário e tivesse de contrastar um documento, sem força executiva, pelo qual constasse como devedor.

Estes embargos diferenciam-se, assim, da impugnação no cumprimento de sentença, em que já houve todo um contraditório prévio no processo de conhecimento e por isso seu âmbito de cognição será bem restrito, vedando-se a rediscussão de matérias que foram ou poderiam ter sido objeto de defesa do executado na primeira fase do processo.

Bem poderia a lei sujeitar todos os credores, mesmo os dotados dos mais evidentes e robustos documentos, ao processo de conhecimento, com amplo e prévio contraditório para permitir o acesso aos atos materiais de execução. Todavia, prestigiando uma situação de direito evidente, o sistema permite desde logo o uso da via executiva, impondo ao executado o ônus do uso posterior do contraditório, pela via do direito de ação, para exercitar sua defesa de direito material.

Essa técnica da inversão de provocação do Poder Judiciário, com a inversão do contraditório e da ampla defesa, em casos de tutela a um direito evidente, encontra fundamento de validade no princípio constitucional da eficiência.

7.3 O princípio da eficiência e a tendência de um novo enfoque sobre o princípio do contraditório em conflitos de massa.

O povo não tem condições de estar integralmente presente na elaboração de cada lei, na qual cada cidadão tem um maior ou menor interesse individual, mais direto ou indireto, mas sempre se pode dizer interessado²²⁸. Mesmo que isso fosse possível, a enorme quantidade de indivíduos que pudesse participar do processo legislativo o inviabilizaria por

²²⁸ Numa lei que trata do subsídio de uma carreira de servidores públicos, evidente que os maiores interessados são os próprios servidores e seus familiares dependentes. Mesmo assim, pode-se dizer que há um interesse indireto ou reflexo do povo em geral, já que a política remuneratória dos servidores põe em jogo interesses como a qualidade do serviço prestado, pela satisfação dos atuais servidores e capacidade de agregar novos servidores bem preparados e entusiasmados, além da política de gastos do governo, que se reflete em eventual aumento da carga tributária.

completo²²⁹. Assim se criou a ficção da representação popular no parlamento; o povo exerce o poder por meio de seus representantes eleitos nas casas legislativas, salvo em situações excepcionais, quando o exerce diretamente (plebiscito, referendo e iniciativa popular)²³⁰.

No processo judicial, sempre se entendeu que uma pessoa é parte quando envolvida na relação jurídico processual²³¹, tendo legitimidade para figurar como tal quando diretamente envolvida no litígio sociológico, podendo ser afetada em seu patrimônio por uma decisão judicial relativa ao processo, devendo-se dar-lhe a oportunidade de estar individualmente presente no feito e participar do contraditório, apresentando alegações, postulando a produção probatória e tendo a faculdade de apresentar os recursos previstos em lei²³².

²²⁹ Se a tramitação do processo legislativo já é bastante morosa e desgastante com o quadro atual de parlamentares, seria ordenação seria absolutamente incontrolável se fosse aberta a qualquer cidadão interessado. Por isso, o que o grupo de pessoas pode fazer é *lobby* junto aos parlamentares, pressionando pela tutela legislativa de seus interesses.

²³⁰ Nos termos do art. 1.º, parágrafo único, da Constituição, “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”

²³¹ “Partes são os sujeitos *interessados* da relação processual, ou os *sujeitos do contraditório instituído perante o juiz* (Liebman). Dizem-se *interessados* porque ali estão sempre em defesa de alguma pretensão própria ou alheia, em preparação para receberem os efeitos do provimento final do processo. Elas participam dos combates inerentes a este e beneficiar-se-ão com os seus efeitos substanciais diretos e indiretos, ou os suportarão: a tutela jurisdicional a ser concedida endereçar-se-á a uma das partes, impondo-e à outra o sacrifício de uma pretensão (parte vencedora e parte vencida. (...) Esse é um *conceito puro de parte*, ou puramente processual. Apóia-se exclusivamente no fato objetivo de a pessoa estar incluída em uma relação processual como seu sujeito parcial e ali estar em defesa de alguma pretensão.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil, II Volume*. 2. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002; p.p. 246-247)

²³² “Para a conceituação de parte processual não tem a menor relevância a posição do sujeito em face do direito material nem sua condição de parte legítima ou ilegítima. Partes na relação jurídica *material* são os titulares de direitos e obrigações referentes a um bem da vida, como os sujeitos que celebraram um contrato ou o que causou um dano e o que sofreu, os cônjuges em face do vínculo matrimonial *etc.* *Partes legítimas* são as pessoas a quem a lei outorga qualidade para estar em juízo na defesa de direitos e interesses, seja propondo a demanda, seja para que em relação a elas a demanda seja proposta (legitimidade ativa ou passiva). Ordinariamente, têm essa qualidade apenas os sujeitos da relação jurídico material em litígio (os cônjuges para a ação de separação judicial, os contratantes para a de anulação do contrato *etc.*). O ideal é que figurem como partes no processo precisamente aquelas pessoas a quem a lei oferece condições para isso (partes legítimas, legitimidade ordinária ou extraordinária) mas, quando isso não acontece, ainda assim serão partes o sujeito que propôs a demanda e aquele em face do qual a demanda foi proposta e que veio a ser citado. Nesses casos, a *parte legítima* não estará figurando como *parte no processo* e a parte processual não é parte legítima. Em consequência, a pretensão ficará sem julgamento, extinguindo-se o processo sem julgamento de mérito.” (idem, pp. 247-248); “Legitimidade *ad causam* é qualidade para estar em juízo, como demandante ou demandado, em relação a determinado conflito trazido ao exame do juiz. Ela depende sempre de uma necessária *relação entre o sujeito e a causa* e traduz-se na relevância que o resultado desta virá a ter sobre sua esfera de direitos, seja para favorecê-la ou para restringi-la. Sempre que a procedência de uma demanda seja apta a melhorar o patrimônio ou a vida do autor, ele será parte legítima; sempre que ela for apta a atuar sobre a vida ou patrimônio do réu, também esse será parte legítima. Daí conceituar-se essa condição da ação como

Se a pessoa não tem envolvimento direto com o litígio, mas a sentença que afeta as partes tem aptidão para repercutir *reflexamente* no seu patrimônio como um fato jurídico, então esta pessoa é *terceira juridicamente interessada* e pode intervir no processo como assistente da parte cuja vitória lhe favorece²³³.

O direito ao contraditório, então, ficou arraigado nesta idéia da direito da pessoa a comparecer pessoalmente como parte ou terceiro juridicamente interessado e deduzir as alegações e requerimentos que lhe conviesse. Sua importância é sempre ressaltada como elemento de democratização do processo e componente essencial de uma decisão justa, que toma em consideração a dialética de teses opostas para dar o fecho de uma síntese conclusiva²³⁴.

Todavia, com o passar do tempo, vem se desenhando o quadro de uma nova sociedade: surgimento de *conflitos de massa*, decorrentes da explosão demográfica, concentrada principalmente nos centros urbanos, acompanhada da interligação em tempo real da comunicação pela rede mundial de computadores, da globalização comercial, econômica, financeira e cultural, com ampla facilidade na circulação de mercadorias, além da produção em massa de produtos e prestação de serviços, decorrente de um processo contínuo de avanço tecnológico.

relação de legítima adequação entre o sujeito e a causa." (idem; p. 306). Ressalve-se a parte que atual com legitimidade extraordinária, conferida por lei.

²³³ "O interesse que legitima a assistência é sempre representado pelos reflexos *jurídicos* que os resultados do processo possam projetar sobre a esfera de direitos do terceiro. Esses possíveis reflexos ocorrem quando o terceiro se mostra titular de algum direito ou obrigação cuja existência ou inexistência depende do julgamento da causa pendente, ou vice-versa." (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil, II Volume*. 2. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002; p.p. 386-387).

²³⁴ "O contraditório assenta-se em fundamentos lógico e político. A bilateralidade da ação (e da pretensão) que gera a bilateralidade do processo (e a contradição recíproca) é o fundamento lógico. O sentido de que ninguém pode ser julgado sem ser ouvido é o fundamento político. Sustentado sobre esses dois pilares, o princípio dinamiza a dialética processual e vai tocar, como momento argumentativo, todos os atos que preparam o espírito do juiz. Assim, não basta intimar a parte para manifestar-se, ouvi-la e permitir a produção de alegações e provas. Mais do que isso, o contraditório tem de ser *pleno e efetivo*, e não apenas nominal e formal. Mais do que acolher as razões das partes, o contraditório preocupa-se com o fato de estas influírem efetivamente no convencimento do juiz e até de criar dúvida em seu convencimento. Mais do que prestar informações à parte, o contraditório é informado pelo princípio do respeito à dignidade da pessoa (Theodoro Jr., 1991, p. 14). O processo civil cada vez mais se aproxima do processo penal na medida em que se preocupa também com a qualidade da defesa da parte." (PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005; p. 161)

Essa nova sociedade de grandes proporções e gigantesca massa populacional também cria litígios do mesmo jaez: *padronizados*, que trazem a mesma questão para milhões de pessoas, ou um só bem disputado por toda uma coletividade de pessoas.

O Poder Judiciário, dedicado a resolver e prevenir litígios, apaziguando a inflação de animosidade social, deve aplicar o ordenamento jurídico com rapidez, efetividade, promovendo estabilidade de relações e usando de modo mais proveitoso possível seus recursos escassos. O instrumento de que se vale para prestar a jurisdição, inelutavelmente, deverá ser adaptado à nova realidade social.

Assim, nesses conflitos massificados, que envolvem milhares ou potencialmente milhões de pessoas, em nome do princípio da eficiência, há uma tendência de se reputar observado o contraditório não pela presença efetiva e individualizada de todos os envolvidos no litígio social dentro da lide processual, mas sim pela reunião de todos os interessados em torno de uma mesma parte processual, ou de algumas poucas, a fim de que esses interesses comuns sejam adequadamente representados.

Ou seja, também começa a se vislumbrar a necessidade de que os interessados sejam representados dentro do Poder Judiciário, quando o número de possíveis litigantes possa inviabilizar o regular e saudável desenvolvimento do *iter* processual. Não há necessidade de que muitas pessoas tragam o mesmo argumento à apreciação judicial, mesmo porque, se milhares de defesas escritas são feitas para a proteção de um mesmo interesse, seria pueril imaginar que o juiz se dedicasse a ler todas elas, do começo ao fim. Dependendo do volume de autos, não faria outra coisa até o fim da vida; seria o juiz de uma causa só e mesmo assim talvez não tivesse tempo hábil ao julgamento.

O que se exige, ao revés, é que os interessados sejam representados no processo *adequadamente*, a ponto de o representante levar, se não todos os argumentos, ao menos os mais relevantes; que a defesa técnica seja compatível com aquilo que os

interessados poderiam individualmente deduzir, em todos os seus aspectos: alegações, exceções, provas e recursos.

A idéia de desenvolvimento do processo em tempo razoável não admite a sua inviabilização pelo contraditório particularizado de cada possível litigante; vai se construindo, assim, um contraditório coletivo, feito por um ou mais representantes adequados. Claro que o processo nestes termos só pode ser desenvolvido por um núcleo comum de interesses, não englobando peculiaridades de situação de fato de cada litigante.

Bem ou mal, isso já tem acontecido com o processo objetivo do controle concentrado de normas. Ainda que ampliado o leque de legitimados ativos pela Constituição de 1988²³⁵, existe um processo contra uma lei e seu resultado pode influenciar a vida de muitas pessoas, direta ou indiretamente. Não adianta refutar isso com o argumento de que se trata de controle abstrato de normas, sem análise de caso concreto, porque o resultado do julgamento, dotado de efeitos erga omnes, influi sim na vida concreta das pessoas e instituições. Mesmo assim, a legitimidade ativa só é reconhecida a alguns poucos entes e autoridades, enquanto que a defesa do ato impugnado cabe somente à Advocacia Geral da União.

Diz-se que esse processo é objetivo porque o bem jurídico tutelado é a higidez da própria Constituição, sendo que o objeto do processo é uma norma infraconstitucional geral e abstrata; mesmo assim, todo julgamento importa atender ou negar os interesses de muitos, que podem ser beneficiados ou prejudicados com o resultado. Decerto que, no fim das contas, o que se atinge são os interesses de pessoas, ainda que pessoas jurídicas. Mas não se permite o ingresso de nenhum interessado no feito, nem como assistente de qualquer das partes; fica ressalvada a possibilidade da manifestação no processo como *amici curiae*, mas isso não é um direito e sim uma faculdade da Corte de ouvir eventuais interessados²³⁶.

²³⁵ A antiga representação de inconstitucionalidade, presente no texto da CF/1967, antes era deferida apenas ao Procurador Geral da República, que, como se sabe, fazia as vezes de Advogado Geral da União.

²³⁶ “A Lei n. 9.868/99 preserva a orientação contida no Regimento Interno do STF que veda a intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade (art. 7.º). Constitui, todavia, inovação significativa no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade a autorização para que o relator, considerando

Quer dizer, o contraditório acaba sendo estabelecido por um sistema coletivo, que não se abre a qualquer interessado, mas se acredita seja suficiente para transmitir ao tribunal competente para o julgamento da causa todos os aspectos relevantes para decidi-la. Naquele aspecto de permitir influenciar o convencimento do julgador e fazer efetiva a defesa dos interesses envolvidos, pode-se dizer que, mesmo sem a participação de todos os interessados, inclusive daqueles que queriam intervir e não puderam, atendeu-se ao princípio do contraditório – ao menos na sua finalidade de assegurar a ampla defesa.

Um ponto é certo: dependendo da matéria, se qualquer cidadão pudesse se manifestar em processos objetivos de constitucionalidade, ou a Corte não suportaria a imensa quantidade de manifestações, ou faria vistas grossas à maioria das que fossem individualmente lançadas nos autos.

Essa nova perspectiva do contraditório concentrado em representantes, sempre como meio necessário ao regular desenvolvimento do processo – e, com isso, à promoção do princípio da eficiência, tem sido aplicado em algumas ações individuais, quando envolvem centenas ou milhares de réus que sequer podem ser identificados. Tal tem acontecido em ações possessórias, com inúmeros invasores desconhecidos de extensas áreas de terra; exigir a identificação de um por um, com a formal e nominal citação, paralisaria o andamento do processo, quiçá eternamente. Mais absurdo ainda seria negar a tutela jurisdicional ao autor por conta desse obstáculo de fato intransponível que é identificar todos os ocupantes, ao qual ele não deu causa e o próprio Estado, responsável pela prestação da tutela jurisdicional e proteção da propriedade privada, não consegue se desincumbir²³⁷.

a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, admita a manifestação de outros órgãos ou entidades (art. 7.º, § 2.º). Positiva-se, assim, a figura do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade, ensejando a possibilidade de o Tribunal decidir causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões.” (MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007; pp. 1069-1070).

²³⁷ Assim tem decidido o STJ: “REINTEGRAÇÃO DE POSSE. IMÓVEL INVADIDO POR TERCEIROS. IMPOSSIBILIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DOS OCUPANTES. INDEFERIMENTO DA INICIAL. INADMISSIBILIDADE. – Citação pessoal dos ocupantes requerida pela autora, os quais, identificados, passarão a figurar no pólo passivo da lide. Medida a ser adotada previamente no caso. – Há possibilidade de haver réus desconhecidos e incertos na causa, a serem citados por edital (art. 231, I, do CPC). Precedente:

Veja-se que, se o autor obtém liminar de reintegração, passa a ser interesse dos próprios réus o mais rápido andamento da causa, a fim de que a prestação jurisdicional final, em exame de mérito, possa eventualmente cassar a liminar concedida. O direito a uma tutela jurisdicional tempestiva não é só do autor, mas também do réu e de todos mais que participem da relação jurídica processual.

Não obstante sua visualização em algumas ações individuais, principalmente as possessórias – quando envolvem uma massa considerável de pessoas que disputam o direito de uso e gozo de um bem comum (a terra) –, a veia propulsora para essa nova concepção de contraditório está concentrada nas ações coletivas, justamente onde o número de potenciais interessados pode inviabilizar completamente o desenvolvimento regular de um processo, cuja tramitação atende à exigência de prazo razoável.

O modo pelo qual essa nova concepção de contraditório acaba consagrada é pela extensão subjetiva da coisa julgada. Afinal, fazer com que a coisa julgada abarque quem não fez parte de um processo significa tornar imutável uma decisão judicial a quem não fez uso individual do contraditório. Há razões de política legislativa que animam o uso dessa técnica e elas encontram fundamento no princípio da eficiência.

REsp n. 28.900-6/RS. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ, REsp 362.365 – SP, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 28/03/2005). Se cinquenta ocupantes num total de dois mil forem citados em alguns dias de atuação de oficiais de justiça, comunicando-se genericamente os demais invasores, todos saberão da existência da ação, ou terão condições de saber, com total possibilidade de exercerem, individual ou coletivamente (ex.: por meio de associação), o direito ao contraditório e à ampla defesa. O objetivo da existência do contraditório restará atendido. Daí porque não concordamos com a crítica de Rui Portanova sobre esse entendimento jurisprudencial: “Apesar de tanta proteção legal e tamanha abrangência, aqui e ali o princípio do contraditório tem sido afrouxado, principalmente em ações possessórias. Nesta quadra da história, são bem conhecidas no Brasil ocupações por trabalhadores sem terra. Como se sabe, o problema é muito mais político e social do que jurídico. Contudo, os proprietários têm logrado liminares em ações possessórias. Fossem atendidos preceitos jurídicos, cumpriria atentar para a precariedade das identificações dos réus com vistas ao adequado contraditório. Outrossim, para deferir-se a liminar é indispensável prova do preenchimento do requisito constitucional da função social da propriedade. Enfim, sem perquirições sociais, econômicas e políticas, afastam-se requisitos jurídicos expressos; procedendo-se a citações fictas de réus presentes em lugares certos e sabidos. Parece confirmado, assim, o preconceito geral contra o réu nas ações possessórias de que fala Ricardo Antonio Arcoverde Credie (1981, p. 62)” (PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005; p. 163)

No sistema atual, o entendimento majoritário preconiza que uma ação coletiva não impede a proliferação de demandas individuais com o mesmo objeto, não se podendo tolher o direito de ação do indivíduo. Todavia, para evitar a multiplicação de demandas com o mesmo objeto e a possibilidade de decisões contraditórias a respeito do mesmo, há voz de peso na doutrina sustentando que o direito de ação há de ser exercido só em perspectiva coletiva quando a pretensão for coletiva, pertinente a um objeto incindível; com isso, o direito ao contraditório, pela via do autor, será exercida apenas pelos representantes adequados, ou aqueles a quem a lei confere a possibilidade de mover o processo coletivo. Nega-se, com isso, legitimidade individual para a sua propositura. Restaria ao interessado provocar a iniciativa do Ministério Público ou de qualquer outro legitimado à ação coletiva para ver deduzida em juízo a sua pretensão.

Essa é a lição de Kazuo Watanabe, para quem não possível dar tratamento individual a uma questão que, pela sua própria natureza, só pode ser decidida numa perspectiva coletiva. Deste modo, uma pessoa que regularmente usa uma estrada não poderia propor uma ação contra o Estado para que fosse condenado à realização de obras de conservação nesta via pública, uma vez que, pela incindibilidade do objeto, a questão só poderia ser tratada em ação coletiva. O autor trata estas ações como falsamente individuais, verdadeiramente coletivas. Elas são individuais apenas porque propostas por indivíduos, mas veiculam pretensão de alcance coletivo²³⁸. Ainda que se admitissem ações individuais,

²³⁸ Confira-se o exemplo que ele dá para marcar a diferença: “A *ação coletiva* ajuizada com o escopo de exigir a *cessação da poluição ambiental* praticada por uma indústria é apta a tutelar os interesses de toda a coletividade (interesses difusos, portanto). A *ação individual* que viesse a ser proposta por uma vítima, por exemplo, um morador da vizinhança, reclamando a indenização pelos danos individualmente sofridos em virtude da mesma poluição combatida na ação coletiva veicularia uma pretensão individual própria e inconfundível com a pretensão coletiva. Seria inegável, nessa hipótese, a presença do requisito da compatibilidade entre a pretensão coletiva e a individual. Mas, se na *ação individual* fosse veiculada a pretensão à cessação da poluição, teria ela escopo coincidente com o da *ação coletiva*. Suponhamos, para salientar bem essa distinção, que outros moradores ajuizassem também ações individuais com a mesma finalidade, qual seja a de cessação da poluição. Todas elas estariam reproduzindo a mesma pretensão veiculada na *demanda coletiva*. São “individuais” apenas no sentido de que são propostas por indivíduos, mas a pretensão é de alcance coletivo, pois beneficia a totalidade das pessoas que se encontram na mesma situação, e não somente o autor da ação. Em semelhante situação, seria suficiente uma só demanda, individual ou coletiva.” (WATANABE, Kazuo. *Relação entre demanda coletiva e demandas individuais*. In *Direito Processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Ada Pellegrini Grinover, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe (coord.). São Paulo: Editora RT; pp. 156-160.)

todas deveriam ser decididas de modo global – uma só decisão para todas, em razão da natureza incindível da relação jurídica substancial²³⁹.

Adotada essa posição de Kazuo Watanabe, uma pessoa que tenha os seus interesses prejudicados por uma conduta, que atinge de modo homogêneo e incindível os interesses de uma coletividade indeterminada de pessoas, só poderá ter a sua pretensão veiculada e exercer o contraditório para a defesa dos seus interesses por meio de um representante legalmente apto à postulação da demanda coletiva. O contraditório, assim, além do próprio direito de ação, adquirem nova dimensão, porque só passam a ser exercidos no seio desta ação coletiva. Impede-se a proliferação de demandas sobre o mesmo tema, com decisões contraditórias entre si, que tanto denigrem a eficiência da ordenação estatal sobre a vida social.

De fato, numa relação jurídica incindível, há um profundo caos se o sistema admitir múltiplas decisões, contraditórias entre si. A eficiência exige um mínimo de disciplina na ordenação social, como decorrência do aspecto de segurança, que requer coerência e uma só resposta do Estado para o mesmo problema humano que aflige a sociedade.

Ada Pellegrini Grinover, tratando da delicada questão de anulação de assembléia em sociedade por ações com inúmeros sócios, também assevera que a indivisibilidade do objeto e a identidade de situação jurídica reclama resposta uniforme. Ela partilha do entendimento de que a extensão a coisa julgada a terceiros que não participaram do processo, mesmo que para prejudicá-los, não ofende as garantias constitucionais do

²³⁹ “As ações individuais, acaso fossem admissíveis, e não o são, devem ser decididas de modo global, atingindo todos os usuários, em razão da natureza incindível da relação jurídica substancial. Todas elas, na verdade, buscam a tutela de posições individuais que ‘se inserem homogeneamente na situação global’ (na expressão de Barbosa Moreira, v. citação supra), de modo que a decisão deve ser do mesmo teor para todos que se encontrem na mesma situação jurídico-substancial, o que significa que uma só demanda seria suficiente para a proteção da totalidade dos usuários. Essas ações individuais são similares às *ações individuais movidas por um ou alguns acionistas para a anulação de deliberação assemblear ou à ação individual movida por uma vítima contra a poluição ambiental praticada por uma indústria.*” (idem, p. 160)

devido processo legal e do contraditório, adotando a tese de que o autor, co-legitimado à ação, atua como substituto processual dos demais interessados²⁴⁰.

Este fenômeno não deve causar surpresa porque assim ocorre nas ações falimentares. A sentença que decreta a falência faz coisa julgada erga omnes, abrangendo todos os credores, mesmo os que não participarem do procedimento pré-falimentar e não gostariam que a falência fosse decretada²⁴¹. Se todo credor pudesse discutir a decretação da falência, ela provavelmente nunca seria decretada; ou, se a sentença valesse apenas para alguns credores e outros não, então seria uma grande bagunça a execução concursal coletiva sobre um patrimônio comum, com o dever de se tratar os credores segundo uma idéia de paridade e necessidade, conforme uma ordem de preferência instituída na lei.

²⁴⁰ “A evolução do instituto da coisa julgada, em seus limites subjetivos, é exatamente esta. Não há como fugir. É a própria natureza das coisas – a indivisibilidade do objeto e a identidade de situações jurídicas – que dá resposta ao problema. Revendo minha posição anterior, radicada numa postura intransigente de total indiferença à coisa julgada por todo e qualquer terceiro, acompanho hoje a posição sempre lúcida de Barbosa Moreira, que demonstra que a extensão a terceiros, virtuais litisconsortes unitários, da coisa julgada que verse sobre bem de natureza indivisível torna impossível a formulação de regras jurídicas concretas diversas em relação àqueles que, se participassem do juízo, obteriam sentenças uniformes (ressalvada, naturalmente, a hipótese de ações diversas, intentadas com base em outra causa petendi). Assim se manifesta o Autor: ‘Ora, a índole facultativa desse litisconsórcio enseja a instauração de processos sucessivos, mediante a proposição de ações autônomas, com identidade de fundamento e de objeto, por dois ou mais co-legitimados. É claríssimo, porém, que as mesmas razões de lógica pelas quais, na hipótese de impugnações simultâneas, só pode ocorrer o acolhimento de todas ou a rejeição de todas, igualmente se opõem a que, no caso de sucessividade, tenham sorte diferente as várias impugnações.’ E mais: ‘A coisa julgada que se constitua para qualquer dos litisconsortes vale igualmente para os outros, e esse resultado deverá ocorrer tanto na hipótese de processos distintos e sucessivos, quanto na de um único processo em que vários deles, ou todos, atuem em conjunto. Ora, se se admitisse quebra da uniformidade na solução do litígio, de tal sorte que para um, ou para alguns, a decisão viesse a apresentar determinado teor contrário, haveria a consequência absurda de sobrevirem, para cada qual, duas coisas julgadas contraditórias.’ Resta saber se a extensão da coisa julgada a terceiros que não participaram do processo, mesmo para prejudicá-los, afrontaria as garantias constitucionais do devido processo legal e notadamente o contraditório. Com efeito, é este o fundamento político do princípio da limitação da coisa julgada às partes. Adotando-se a tese de que o autor, co-legitimado à ação, seria substituto processual dos demais sócios, que se encontram na mesma situação jurídica, o problema ficaria resolvido, uma vez que, na substituição processual, a coisa julgada abrange o substituto e os substituídos. É certo inexistir, no ordenamento brasileiro, lei que autorize o sócio a pleitear, em nome próprio, direito alheio. No entanto, o escolha do art. 6º do CPC já foi superado pela doutrina que, antes da entrada em vigor da Lei da Ação Civil Pública, entendeu que, nas obrigações indivisíveis, haveria de se dar uma interpretação mais elástica ao dispositivo, para vislumbrar a legitimação à ação coletiva do membro do grupo, em razão de ser o interesse, ao mesmo tempo, próprio e alheio: ninguém duvida, foi acrescentado, da legitimidade de qualquer credor para, sozinho, reclamar em juízo a prestação. Com maior razão, portanto, uma operação simples de hermenêutica seria suficiente para entender ser o sócio que pretende a anulação da assembléia substituto processual dos demais, que se encontram na mesma situação jurídica. Trata-se simplesmente de observar a natureza das coisas e é exatamente à natureza das coisas que devem se adaptar os princípios e até mesmo as garantias constitucionais. (GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa julgada “erga omnes”, “secundum eventum litis” e “secundum probationem”. Revista de Processo, v. 126, p. 9-21, 2005.)

²⁴¹ Nos termos do art. 115 da Lei 11.101/2005, “Art. 115. A decretação da falência sujeita todos os credores, que somente poderão exercer os seus direitos sobre os bens do falido e do sócio ilimitadamente responsável na forma que esta Lei prescrever.”

Ainda no campo das ações coletivas, essa discussão sobre a extensão subjetiva dos limites da coisa julgada vem sendo fomentada com vistas à implantação da ação coletiva passiva. Esta ação permitiria que uma demanda, relativa a determinado objeto comum, fossem proposta contra apenas um ou alguns interessados, que tivessem aptidão para representar todo um grupo de pessoas, toda uma coletividade. A sentença proferida contra o réu nesta ação valeria contra todo o grupo. O direito ao contraditório e à ampla defesa seriam exercidos pelo representante adequado que figurasse no polo passivo da demanda²⁴².

Ressalte-se que há quem já identifique ações atualmente em tramitação no Poder Judiciário como casos de ação coletiva passiva²⁴³, bem como quem cogite que, na atual quadratura do direito brasileiro, ela possa ser admissível²⁴⁴.

²⁴² Há previsão para essa espécie de ação no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos elaborado pelo instituto brasileiro de direito processual civil; seu capítulo III trata “Da ação coletiva passiva originária”, com o seguinte dispositivo: “Art. 38. Ações contra o grupo, categoria ou classe – Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada, mesmo sem personalidade jurídica, desde que apresente representatividade adequada (artigo 20, I, “a”, “b” e “c”), se trate de tutela de interesses ou direitos difusos e coletivos (artigo 4º, incisos I e II) e a tutela se revista de interesse social.” (Texto disponível na obra *Direito Processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Ada Pellegrini Grinover, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe (coord.). São Paulo: Editora RT; pp. 453-464.). Segundo José Marcelo Menezes Vigliar, “O representante adequado da coletividade – coletividade esta que pode ser mais ou menos identificável (dependendo dos interesses defendidos caso concreto: *difusos, coletivos ou individuais homogêneos*) (- tradicionalmente, na prática brasileira, autor de demandas coletivas, poderá, a partir da vigência do futuro “Código de Processos Coletivos”, também se ver na injunção de responder, como réu, as demandas ajuizadas em face da classe de interessados que ele representa.” (VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant class action brasileira: limites propostos para o “Código de Processos Coletivos”*. In *Direito Processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Ada Pellegrini Grinover, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe (coord.). São Paulo: Editora RT; pp. 309-320.).

²⁴³ Diogo Campos Medina Maia dá os seguintes exemplos: “Processo 2000.0173.3752-7/0 (ação civil pública), na 2.ª Vara Cível da comarca de Baturité, CE (Ministério Público Estadual v. alguns comerciantes identificados e “todos os proprietários de comércio no centro da cidade de Baturité”; Processo 2005.001.072625-0 (ação civil pública), na 7.ª Vara de Fazenda Pública da comarca do Rio de Janeiro (Estado do Rio de Janeiro v. Associação dos Defensores do Estado do Rio de Janeiro); Processo 2005.51.01.490284-5 (reintegração de posse), na 5.ª Vara Federal do Rio de Janeiro (ação ajuizada em face dos “integrantes do movimento sem teto”. (MAIA, Diogo Campos Medina. *A ação coletiva passiva: retrospecto histórico de uma necessidade presente*. In *Direito Processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Ada Pellegrini Grinover, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe (coord.). São Paulo: Editora RT; pp. 321-344).

²⁴⁴ “Ao contrário do que acontece nos sistemas processuais derivados do direito inglês (*common law*), em que há falta de normas específicas e pormenorizadas sobre o processo e o juiz tem discricionariedade para determinar o procedimento mais adequado para qualquer ação, nos sistemas derivados do direito continental europeu (*civil law*) o procedimento é especificado em grande detalhe nos códigos de procedimento, e a falta de norma específica pode ser considerada como uma proibição. A falta de autorização clara e detalhada por parte da lei levou-nos a concluir em sentido contrário à possibilidade da ação coletiva no Brasil. Defendíamos

Seja sob a perspectiva do autor, seja sob a perspectiva do réu, desenha-se uma nítida tendência de se considerar satisfeita a garantia de contraditório em demandas de massa quando feitas por um representante adequado, valendo a decisão, com autoridade de coisa julgada, a todos os interessados naquele objeto de proporções coletivas.

E esta tendência está constitucionalmente legitimada: é a eficiência do aparato de tutela jurisdicional sendo desenvolvida pelos aspectos de economia processual, celeridade e segurança jurídica, com uma única decisão promovendo estabilidade jurídica a um amplo espectro de relações sociais sob conflito.

Será constitucional, nestes termos, eventual alteração legislativa que concentre todo o contraditório de um conflito de massa, versando sobre direitos coletivos ou direitos individuais homogêneos, em alguns poucos legitimados adequados, que podem se unir em litisconsórcio, afastando-se a legitimidade de todos os possíveis interessados individuais. Será de todo conveniente que a lei continue contemplando a participação do Ministério Público, quando não for parte, na condição de *custos legis*, a fim de reforçar o regular desenvolvimento do processo pelo oferecimento das alegações pertinentes e produção da prova cabível para a tutela de tais interesses, garantindo-se com isso um contraditório adequado à sua defesa²⁴⁵.

que o direito brasileiro somente conferia legitimidade *ativa* aos entes enumerados pelo art. 82 do CDC, não lhes sendo permitido representar, como réus, os membros do grupo. Se é verdade que há alguns anos o direito brasileiro ainda não estava preparado para enfrentar os problemas envolvidos em uma ação coletiva passiva, o certo é que já chegou o momento de começar a pensar no assunto não somente de *lege ferenda*, como também, talvez, de *lege lata*. A forma pela qual as ações coletivas estão disciplinadas no direito positivo brasileiro, porém, torna difícil aceitar a propositura de ações coletivas passivas. (...) Alguns autores estão convencidos da possibilidade, necessidade e conveniência de uma interpretação mais ampla e flexível da sistemática processual coletiva brasileira, em favor de se permitir *de lege lata* a propositura de ações coletivas passivas. Se é verdade que o CDC e a LACP não as contemplam expressamente, também é certo que não as proíbem. Se a tutela coletiva foi permitida pela lei e se há um regulamento processual adequado para a matéria, não há por que negar a possibilidade de uma ação coletiva passiva. A questão, porém, merece cuidadoso estudo, antes que uma palavra final possa ser dada a respeito.” (GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Editora RT, 2007; pp. 414-415).

²⁴⁵ Parece que essa possibilidade foi aventada pela Comissão de Juristas incumbida de fornecer um anteprojeto de Código de Processo Civil, instituída pelo Senado Federal e presidida pelo Min. Luiz Fux, conforme se vê do seguinte trecho de notícia jornalística: “Além da redução do número de recursos, a comissão pretende estabelecer como regra a coletivização dos litígios, colocando como exceção as ações individuais - uma forma de regulamentar as chamadas “class actions” americana. De acordo com o ministro Fux, para demandas de interesse coletivo — por exemplo, ações de dano ambiental e direitos do consumidor

8. Conclusões deste capítulo

1. Vivemos numa sociedade de massas, marcada pelo materialismo e pelo consumismo em larga escala, com intenso e constante desenvolvimento tecnológico. As comunicações humanas e a produção de bens e serviços ocorrem cada vez mais rapidamente, tanto em quantidade como em qualidade. O volume de realização de negócios jurídicos na sociedade tem aumentado em razão disso, havendo também uma influência cultural no modo de ser e de viver, cada vez mais marcado pela fugacidade²⁴⁶. O tempo se torna cada vez mais escasso²⁴⁷ e a palavra de ordem é *eficiência*.

2. Há necessidade de que o Estado possa ordenar a sociedade e fazer valer o seu ordenamento jurídico, dando condições mínimas à paz social; para isso, deve prover soluções a conflitos interpessoais com rapidez e economia, imprimindo efetividade na implementação dessas soluções e fazendo com que elas possam gerar um clima de estabilidade na prática de atos jurídicos, dotando a sociedade de previsibilidade comportamental. O Brasil só poderá se desenvolver, em todos os aspectos, se o serviço público puder acompanhar a capacidade de produção e transformação que caracterizam a iniciativa privada. Desse modo, a burocracia estatal responsável pela prestação de serviços públicos foi diretamente atingida por esse clamor pela *eficiência*, nisso incluindo a sua atividade jurisdicional²⁴⁸.

—, as pessoas envolvidas não poderão mais ajuizar ações individuais.” (In *Comissão quer um só recurso por instância*. Disponível na revista eletrônica Consultor Jurídico, em www.conjur.com.br, matéria de 16 de outubro de 2009, acesso em 25.12.2009).

²⁴⁶ O casamento, que outrora era para todo o sempre, pode hoje terminar em menos de uma hora, com o simples comparecimento das partes a um tabelionato de notas, nos termos da Lei 10.441/2007

²⁴⁷ Veja-se a obsessão de alguns pais, principalmente nos centros urbanos, que procuram escolas com ensinamento de várias línguas estrangeiras e de computação para crianças com 02 (dois) ou três anos de idade, subtraindo dessas crianças o tempo da infância com o medo da competitividade no futuro mercado de trabalho. O período de infância, por sua vez, vem se tornando cada vez mais curto, fruto da velocidade de comunicação e troca de informações pela Internet, bem como pela ausência de uma censura social à televisão.

²⁴⁸ As Emendas Constitucionais n.º 19/1998, 20/1998 e 45/2005 foram diretamente ligadas à projeção do valor eficiência na prestação do serviço público, sendo esta última especificamente ligada à atividade jurisdicional, vulgarmente denominada *Reforma do Poder Judiciário*, com o objetivo específico de resolver sua notória crise de morosidade.

3. O princípio da eficiência foi explicitamente grafado no caput do art. 37 da Constituição por força da Emenda Constitucional n.º 19/1998. Todavia, antes disso já estava implicitamente presente no seu texto, podendo ser deduzido, para o Poder Judiciário, das garantias de amplo acesso à Justiça (art. 5.º, XXXV), entendido como o direito de acesso *qualificado* à prestação jurisdicional, e da observância do devido processo legal (art. 5.º, LIV). O direito fundamental à razoável duração do processo (art. 5.º, LXXVIII), por sua vez, é mero desdobramento ou corolário lógico do princípio da eficiência, que não se restringe à Administração Pública, aplicando-se também à atividade do Poder Judiciário.

4. Todos os ramos do ordenamento jurídico têm sofrido um intenso influxo da força normativa da Constituição, num movimento que se tem denominado de filtragem constitucional, pelo qual se faz uma ampla releitura de toda a legislação infraconstitucional para a sua adequação aos princípios e regras contidos no texto da Constituição, resgatando a unidade do sistema pela *vis atractiva* da sua superioridade normativa. E não é diferente com o processo civil, que se vê compelido a uma faxina no seu regramento legal de modo a compatibilizá-lo com a Constituição, modificando antigas interpretações ou expurgando do sistema normativo aquilo que não se possa conciliar com o texto constitucional.

5. Essa onda da cultura jurídica ocidental, denominada de Neoconstitucionalismo, vem resgatando a importância dos princípios para a conformação do sistema normativo.

6. Princípio é a positivação normativa de um valor. A natureza jurídica de um princípio é de norma jurídica; ainda que moldada com uma estrutura diversa das regras, são dotados de força impositiva. Só que, enquanto as regras impõem taxativamente uma conduta se ocorrido um determinado fato, os princípios, por sua vez, são dotados de maior grau de abstração e generalidade, impondo um dever de promoção do valor que tutelam, sempre que isso seja possível e viável, conforme as circunstâncias fáticas e jurídicas.

7. Isso significa que, embora não imponham um comportamento previamente definido a ser adotado, conectado a uma específica situação de fato, todo o comportamento

do agente fica obrigado à obediência de um princípio e todos os atos jurídicos que ele pratica precisam estar vocacionados à promoção do valor tutelado pela norma principiológica, qualificando-se como ilícita, por ação ou omissão, a conduta que amesquinha, indevidamente, ou sem razão plausível, o núcleo axiológico/normativo de um princípio²⁴⁹.

8. O princípio da eficiência está ligado a essa idéia de rapidez, presteza, utilidade, economicidade, estabilidade e acerto de situações, que a sociedade tanto espera da prestação da atividade jurisdicional do Estado, devendo tudo isto nortear a condução dos processos. Assim, o princípio constitucional da eficiência no processo civil é um gênero que se subdivide em quatro aspectos, ou quatro subprincípios: o princípio da celeridade, o princípio da efetividade, o princípio da economicidade (ou economia processual) e o princípio da segurança jurídica.

9. Quanto ao aspecto da *celeridade*, o princípio da eficiência veda qualquer tipo de dilação indevida, que não se justifica pela proteção a outros bens, fins ou valores reputados como relevantes pelo sistema normativo. Será inconstitucional qualquer disposição legal que imponha uma dilação ao processo sem que esteja presente uma fundada razão justificadora. Por sua vez, sempre que a interpretação da legislação processual conduzir a mais de uma possibilidade na prestação jurisdicional, sem que qualquer delas importe lesão a direitos fundamentais das partes, a atuação do juiz deve pautar-se por aquela que promova maior celeridade ao andamento do feito.

10. Além disso, o princípio da eficiência impõe sejam adotadas medidas para evitar a prática de atos inúteis, impondo seja proferida decisão de saneamento para verificar a possibilidade de julgamento antecipado da lide ou a fixação de pontos controvertidos,

²⁴⁹ Adotamos o mesmo entendimento de Humberto Ávila. Ele explica que as regras se diferenciam dos princípios quanto ao modo como prescrevem o comportamento, porque as regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada, enquanto que os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos. Os princípios, assim, trazem como dever imediato a promoção de um estado ideal de coisas (dever imediato), que se deve atingir pela adoção da conduta necessária (dever mediato), devendo ser justificados pela correlação entre os efeitos da conduta posta como necessária e o estado ideal de coisas que se quer promover.

especificamente declinados, sobre os quais deve recair a atividade instrutória. Legitima-se, por sua vez, o indeferimento de diligências e a produção de provas que não acrescentem nada de relevante para a formação do convencimento do juiz.

11. O aspecto de celeridade do princípio da eficiência determina que, ao fim de uma audiência de instrução, não havendo mais provas a produzir, seja imediatamente proferida sentença, saindo as partes intimadas do ato. Outrossim, é dever do juiz, e não mera faculdade, valer-se de instrumentos tecnológicos que tragam celeridade ao andamento do feito, como a penhora on line pelo sistema BACEN JUD, devendo ser implantada, o mais rápido possível, a plena informatização da atividade jurisdicional, que trará uma revolução positiva na velocidade de comunicação dos atos processuais.

12. Enseja responsabilidade civil do Estado a demora indevida na prestação da atividade jurisdicional, servindo para tanto, como um dos parâmetros de mensuração da demora, a fixação legal de prazos para a prática de atos processuais. Por sua vez, as partes devem ser responsabilizadas pela utilização de expedientes com o objetivo de meramente protelar o andamento do feito.

13. A omissão judicial abusiva em apreciar um causa ou pedido dá direito líquido e certo ao prejudicado de valer-se do mandado de segurança para instar o órgão competente a proferir uma decisão.

14. Quanto ao aspecto da efetividade, o processo deve proporcionar real utilidade para atingir seu propósito específico, que é a distribuição do bem da vida ao autor (caso tenha razão) ou o reconhecimento da inexistência do direito que alega ter, numa dimensão temporal que faça sentido concretamente, isto é, levando em conta o problema real que envolve as partes. Sem essa perspectiva de real utilidade, o processo não vale nada. Atenderá ao princípio da eficiência o processo que seja efetivo na tutela do direito material.

15. Efetividade não se confunde com a eficácia jurídica e nem com a eficácia social de uma norma. Além disso, é apenas uma parte do que se contém no princípio da eficiência, que lhe engloba, mas a ela não se limita.

16. O processo deve ser um instrumento apto a resolver problemas da vida humana, adjudicando bens e solucionando conflitos de acordo com o sistema normativo. O processo, em si, nunca pode ser um obstáculo a esse fim, devendo justamente ser o meio ou instrumento hábil à sua realização. O Direito material não pode ser ceifado pela inexistência ou insuficiência da técnica processual. Se o processo não tiver meios adequados para a prestação da tutela adequada, o juiz está autorizado a criar nesse sentido; se a lei processual trazer obstáculos intransponíveis à adequada tutela processual, padecerá do vício de inconstitucionalidade, como é o caso da exigência legal de liquidez de uma dívida para a concessão da tutela cautelar de arresto.

17. Disto decorre, em primeiro lugar, que a regra contida no art. 83 do Código de Defesa do Consumidor aplica-se a todo o sistema processual civil por injunção do princípio da eficiência. Há um princípio geral de atipicidade da tutela jurisdicional no processo civil, sem prejuízo da adequação da tutela prestada à sua mais rápida e estável concretização. Não se pode negar uma tutela jurisdicional só porque, ao ver do juiz, o autor ingressou com a “ação errada”, desde que a causa de pedir seja apta a sustentar o pedido formulado.

18. Segundo, qualquer obstáculo indevido à concretização da tutela jurisdicional deve ser removido, ainda que veiculado por lei. Entende-se por indevido o obstáculo processual cujo respeito não traz nenhuma proteção a direitos fundamentais, nem protege valor superior ao da efetividade no caso concreto.

19. Terceiro, a efetividade importa um dever às partes, de modo que devem ser estimulados os comportamentos que privilegiem o cumprimento espontâneo com utilidade prática das decisões judiciais, ao passo em que se deve penalizar qualquer comportamento destinado a frustrar a efetividade do processo.

20. Quarto, o juiz deve assumir uma postura mais ativa no processo, mais comprometida com a realização concreta das suas próprias determinações. Qualquer fórmula que favoreça isso deve ser seriamente levada em consideração, inclusive para sopesar seu eventual conflito com outras normas do processo, como a que consagra a inércia da tutela jurisdicional.

21. A estabilidade social e a capacidade de desenvolvimento de um povo estão diretamente ligados à possibilidade de orientação do comportamento humano segundo as conseqüências jurídicas que dele poderão advir. A vida, naturalmente, já é repleta de incertezas, com muito mais perguntas em aberto do que respostas ao nosso alcance. O futuro é sempre minado pela imprevisibilidade e toda atividade humana é sujeita a maiores ou menores riscos. As pessoas precisam saber as conseqüências de um ato para avaliar se podem ou não praticá-lo, bem como se vale a pena praticá-lo dentro de uma trajetória individual de suas próprias vidas. As pessoas sofrem com a incerteza generalizada e clamam desesperadamente por segurança jurídica. A atividade jurisdicional desenvolvida pelo processo deve estar atenta à promoção deste valor, como premissa para a sua eficiência.

22. O processo atenderá ao princípio da eficiência quando a atuação das partes envolvidas, bem como dos demais atores da sua construção, puder ser marcada pela previsibilidade sobre as conseqüências internas dos seus atos, com a máxima redução de riscos pela incerteza.

23. Outrossim, o processo atenderá ao princípio da eficiência se ele mesmo for usado como instrumento para a estabilização das relações sociais. Desse modo, segurança jurídica, no âmbito do processo, diz respeito (i) à previsibilidade quanto ao comportamento das partes e suas conseqüências e (ii) à estabilidade da decisão proferida para fins de regulação do litígio submetido ao Poder Judiciário.

24. O princípio da eficiência, pelo aspecto da economia processual, impõe que haja uma relação positiva entre custos e benefícios na prática de atos processuais. Sempre que possível e desde que não haja prejuízo a direitos fundamentais dos envolvidos, atos inválidos devem ser preservados (pas de nulite sans grief). Sempre que possível diminuir custos e abreviar etapas para o exercício da atividade jurisdicional, isso deve ser feito. O atendimento ao aspecto da economia processual geralmente implicará celeridade no desenvolvimento do processo, mas seu conteúdo axiológico vai além disso, pugnando por medidas que desafoguem o excesso de serviço judiciário, ou lhe diminuam os custos econômicos de realização.

25. O juiz deve zelar pela adoção de medidas práticas, inclusive cartorárias, que tragam celeridade e economia na condução dos feitos, como é o caso, por exemplo, de se servir da própria ata de audiência para a comunicação de decisões ou solicitação de informações, fazendo consignar que elas valem como ofícios, cuja confecção fica dispensada. Dependendo do volume de processos que o ofício judicial movimenta, a economia mensal de trabalho pode ser significativa.

26. Ainda a título de ilustração, nas ações civis públicas contra entidades estatais, com pedido de medida liminar, o mandado de notificação para responder ao pedido de tutela de urgência em 72 hs. (setenta e duas horas) pode servir, simultaneamente, para a citação do ente público, a fim de apresentar resposta no prazo legal.

27. As melhores e mais relevantes medidas a serem adotadas para a economia processual são administrativas, como o investimento em recursos humanos, não pela contratação de mais pessoal, mas sim pela realização freqüente de cursos de aperfeiçoamento de magistrados e servidores, destinados exclusivamente à análise do tratamento jurisprudencial de determinados temas; e também pelo investimento na informatização dos processos, a fim de eliminar-se ao máximo possível seu suporte em papel. Tais medidas agregariam qualidade e celeridade às decisões judiciais.

28. Mudanças significativas podem ser implementadas para incrementar a eficiência no processo civil sem qualquer reforma legislativa, apenas com medidas jurisprudenciais e administrativas adotadas pelo Poder Judiciário, tomadas com suporte normativo no princípio da eficiência.

29. O processo, como instrumento estatal para a solução de conflitos, só encontra legitimidade constitucional se for apto à proteção real, concreta e efetiva de direitos materiais juridicamente tutelados.

30. É possível a utilização da técnica da ponderação normativa entre regras e princípios. Deve ser afastada a aplicação das regras legais que, abstratamente ou em concreto, implicam drástico sacrifício ao princípio constitucional da eficiência sem qualquer contrapartida na proteção de outros bens, valores, fins ou interesses juridicamente relevantes para o sistema normativo.

31. Diante de mais de dentre mais de uma escolha possível na interpretação do texto legislativo, todas aparentemente legítimas e razoáveis, deve-se eleger aquela que melhor promove o princípio da eficiência.

32. As pessoas reagem a estímulos. Deste modo, cabe à jurisprudência fixar posições e consolidar entendimentos que incitem as partes a cumprirem com o seu dever de se comportarem de conformidade com o princípio constitucional da eficiência, trazendo-lhes benefícios quando isso ocorrer e impingindo punições quando não ocorrer.

33. A mudança jurisprudencial que veda peremptoriamente a prisão civil do depositário infiel, principalmente daquele que, após ser regulamente nomeado, assume espontaneamente o encargo, fere de morte a efetividade do processo civil e a seriedade social que se deve emprestar à atividade jurisdicional.

34. É possível a flexibilização dos requisitos legais exigidos para a concessão de medidas de cautelares típicas, a exemplo do arresto, quando a sua observância importar total frustração do direito material juridicamente tutelado.

35. O ativismo judicial no processo civil encontra respaldo no sistema normativo, admitindo-se que o juiz possa criar soluções, sem texto expresso de lei, para o fim de incrementar a eficiência no processo civil, desde que respeitados os direitos fundamentais das partes litigantes. A abertura dada pelo § 5.º do art. 461 do CPC, no âmbito da tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, que atribui ao juiz, genericamente, o poder de implementar “as medidas necessárias”, não se especificando quais sejam, “para a efetivação da tutela específica ou do resultado prático equivalente”, “inclusive de ofício”, constitui prova inequívoca de uma tendência legislativa destinada a ampliar os poderes do juiz com o fim de dotar de efetividade a tutela do direito material, realizada por meio do processo.

36. Os mecanismos processuais que provêm uniformidade e padronização na entrega da prestação da atividade jurisdicional, em conflitos coletivos ou de massa, promovem o princípio da eficiência pelos aspectos da celeridade, economia processual e segurança jurídica, prestigiando também o tratamento igualitário de todos perante a lei.

37. Toda alteração ou novidade jurisprudencial em matéria processual, que possam afetar prejudicialmente o status jurídico das partes, devem ser implementadas em caráter prospectivo, sem colher nenhuma delas de surpresa, após a cristalização do entendimento em julgado que traga a expectativa de estabilidade, como pelo enunciado de uma súmula, uniformização de jurisprudência nos tribunais, decisão pelo plenário do STF ou julgamento de recurso repetitivo no STJ.

38. A técnica da fungibilidade não está restrita ao âmbito recursal no processo civil. Toda vez que houver uma dúvida objetiva na jurisprudência a respeito de qual comportamento processual deve ser adotado por uma das partes, deve-se admitir como lícito qualquer deles. Se o juiz entender correto um outro comportamento e, além disso, vislumbrar prejuízo à outra parte, poderá no máximo determinar a adaptação do procedimento adotado para aquele que reputa correto, sem que se extraiam consequências negativas da adoção de uma das alternativas consideradas legítimas pela jurisprudência.

39. O princípio da eficiência tem um caráter relativo, no sentido de que não se impõe a qualquer custo, ou sem qualquer freio. Sua correta aplicação perpassa por todas as peculiaridades que envolvem um determinado problema e por todo o plexo de valores que compõem o sistema normativo. Regras e princípios isoladamente considerados não têm força absoluta, devendo ser aplicados sempre em ponderação com as demais normas do sistema, tendo em conta os bens, interesses e valores que circundam um conflito ou um problema processual num caso concreto.

40. O princípio da eficiência, como norma jurídica, pode relacionar-se com todas as normas constitucionais, a depender dos bens, interesses e valores que circundam um conflito num caso concreto. Não é diferente com as garantias do contraditório e da ampla defesa, que, como direitos fundamentais, não são absolutos. Eles têm natureza processual e devem ser respeitados, mas não podem implicar o sacrifício a direitos fundamentais materiais vinculados ao núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, inscrita como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CF, art. 1.º, III).

41. Numa situação em que for pedida uma tutela de urgência de caráter satisfativo, com supressão do contraditório e caráter irreversível, cuja negativa implicará a perda do eventual direito material alegado, o juiz fica autorizado a decidir pelos poucos elementos de prova que tiver em mãos, ponderando pela probabilidade do direito e pela importância dos bens, valores e interesses em conflito.

42. O princípio da eficiência, pelo viés de efetividade ao direito material juridicamente tutelado, legitima a concessão de provimentos satisfativos e urgentes, inclusive com eventual supressão do contraditório, quando a omissão de uma decisão implicar o sacrifício de um direito fundamental material, vinculado à dignidade da pessoa humana, revestido de elevada e significativa probabilidade de existência.

43. A inversão do ônus de provocar o Poder Judiciário, com a conseqüente inversão do contraditório e da ampla defesa, pode ser legitimamente instituída como uma

das técnicas para a promoção do princípio da eficiência, quando cabível uma tutela de evidência. Isso significa a possibilidade de se tomar medidas enérgicas e urgentes para conferir efetividade a direitos cuja probabilidade de existência beira à certeza, aparentemente violados, sendo que o contraditório e a ampla defesa deverão ser exercitados pelo interessado na via do direito de ação, se e quando o desejar. Esta técnica é utilizada na execução extrajudicial, na desconsideração da personalidade jurídica, na fraude contra credores, na súmula n.º 271 do STJ e pode ser legitimamente estendida a outras situações.

44. O clamor social por eficiência vem inspirando, com o suporte normativo do respectivo princípio constitucional, uma irrecusável tendência legislativa, judiciária e doutrinária de se coletivizar o direito ao contraditório em demandas de massa, concentrando-o em um ou alguns representantes adequados. Nessa perspectiva, o direito ao contraditório não será o de possibilitar a participação pessoal e individualizada no processo de cada um dos interessados num conflito coletivo, mas sim o de que todos os argumentos e a produção das provas juridicamente relevantes para o desfecho da causa possam ser deduzidos pelo(s) representante(s) adequado(s), ganhando uma nova conformação tanto o direito de ação como o direito de defesa. O contraditório continuará sendo real e efetivo, mas pelo sistema da representação de interesses, tal como ocorre na atividade político-partidária.

Capítulo II

O princípio da eficiência e a competência jurisdicional

1. Breve panorama dogmático sobre a competência jurisdicional

A jurisdição, como atividade que encerra o poder estatal de dizer o direito num caso concreto, é una e ilimitada. Razões legislativas, contudo, produziram critérios de divisão do poder jurisdicional do Estado entre vários órgãos, criando com isso as regras de competência. Competência é a parcela de poder jurisdicional conferido a um órgão judiciário.

O princípio da eficiência está diretamente ligado ao tema na medida em que a divisão de competência entre diversos órgãos jurisdicionais têm como uma de suas razões a eficiência na prestação da tutela jurisdicional; não a única, é verdade, mas desponta como uma delas. Por sua vez, as nulidades processuais decorrentes da inobservância das regras de competência trazem danos graves à eficiência no processo, exigindo acurado estudo para extirpar ou minimizar estes impactos deletérios, tanto quanto possível

1.1 Diferentes critérios para a atribuição legislativa de competência

A propósito dessas *razões legislativas* que justificaram a criação das regras de competência, deve-se esclarecer que há diversos critérios, cada qual inspirado em diferentes valores e, portanto, em diferentes *razões ou motivos* para a repartição da jurisdição entre os diversos órgãos estatais.

Neste tópico vamos ver, em linhas bem gerais, quais são esses critérios²⁵⁰. As razões que os inspiram serão analisadas em momento posterior, num cotejo com o regime jurídico da competência

²⁵⁰ Não é o propósito deste trabalho esmiuçar, um a um, os diferentes critérios de divisão de competência. O objetivo é apenas o de dar um esboço geral ao leitor, situando-o a fim de prepara-lo para o tema que virá à frente.

A doutrina não apresenta uma classificação uniforme e nem uma mesma nomenclatura sobre os critérios de distribuição de competência. Desse modo, procuraremos sintetizá-los com uma classificação própria²⁵¹.

Deste modo, temos a competência em razão da hierarquia, a competência de jurisdição (em razão da matéria ou da pessoa), a competência em razão do valor e a competência em razão do território²⁵².

O primeiro desses critérios é o da competência em razão da hierarquia. A regra é que todo processo começa em primeiro grau de jurisdição, de modo que a decisão proferida poderá ser submetida às instâncias superiores do Poder Judiciário através das vias recursais próprias, previstas em lei. Contudo, determinadas demandas são submetidas diretamente ao crivo dos Tribunais, mediante outorga expressa de competência pela Constituição. É preciso verificar se a ação a ser proposta se enquadra em uma dessas hipóteses expressas; caso contrário, o feito deverá ser distribuído ao juízo de primeiro grau²⁵³.

O segundo desses critérios é a divisão de competências entre as diversas “justiças” (competência de jurisdição), em razão da matéria (*ex ratione materiae*) ou da pessoa (*ex ratione personae*). Há três ramos especializados do Poder Judiciário: Justiça Eleitoral, Justiça Militar e Justiça do Trabalho. Todas as causas que não forem da competência de um desses ramos especializados do Poder Judiciário irá para a Justiça

²⁵¹ Que não traz nenhuma novidade, sendo baseada na captação parcial da classificação proposta por diversos juristas.

²⁵² Segundo Cândido Rangel Dinamarco, “Na linguagem corrente, fala-se (a) em *competência originária*, para designar a competência de algum *tribunal* para que perante ele a causa seja proposta (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais de Justiça ou de Alçada, Tribunais Regionais Federais); b) em *competência de jurisdição*, no trato da distribuição de competência entre as diversas Justiças; c) em *competência territorial* ou de foro, em relação à determinação geográfica do lugar onde a causa deve ser proposta; d) em *competência de juízo*, quando se indaga sobre a competência de varas comuns ou especializadas; e) em *competência recursal*, no tocante aos recursos a interpor.” DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, vol. 1. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002; p. 419.

²⁵³ Há autores que tratam este critério como “competência em razão da pessoa”. Outros o denominam de “competência funcional”. “Segundo Chiovenda, existem três critérios para determinação da competência: *o objetivo, o funcional e o territorial*. (...). Por sua vez, o critério *funcional* estaria relacionado com as *funções* exercidas pelo magistrado num processo, variando segundo se trate de juízo de primeira ou de segunda

Comum, cuja competência é residual. Esta Justiça Comum, por sua vez, é dividida em Justiça Federal e Justiça Estadual²⁵⁴. Cabe à primeira o julgamento dos casos previstos no art. 109 da Constituição da República²⁵⁵ e à segunda, em caráter residual, o julgamento dos demais casos. Também no âmbito da Justiça Comum existem os Juizados Especiais Federais e Estaduais, responsáveis pelo julgamento de “causas cíveis de menor complexidade”, nos termos do art. 98, I, da Constituição.

Veja-se que a competência em razão da matéria serve tanto para a atribuição de uma causa entre a Justiça Comum ou Especializada, como também para atribuí-la, dentro da Justiça Comum, à Justiça Federal ou Estadual.

Depois de saber a qual dos ramos da Justiça o litígio toca, em virtude da matéria ou da pessoa, será preciso saber se a causa, em razão do seu valor, deve ser proposta perante o juízo “a” ou “b”.

Finalmente, dentre os juízos competentes em razão da matéria e do valor da causa, será necessário saber, dentre – eventualmente – os vários competentes, qual o será em razão da divisão do território em foros e comarcas, que se faz pela lei de organização judiciária ou por ato administrativo do tribunal competente, quando a própria lei autoriza a sua edição²⁵⁶.

instância, ou de juízo de cognição ou de execução.” (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Jurisdição e Competência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008; p. 113).

²⁵⁴ Dizemos aqui que a divisão de competência entre a Justiça Federal e a Justiça Estadual está dentro do critério da competência em razão da matéria por mero comodismo, seguindo a maioria da doutrina. Mais técnica e acertada, todavia, é a posição de Patrícia Miranda Pizzol, para quem a competência da Justiça Federal ora é ditada pelo critério pessoal (ou seja, não importa a matéria debatida, desde que estejam presentes uma das pessoas previstas no art. 109, I, CF – União, autarquias federais, fundações federais ou empresas públicas federais, a competência será da Justiça Federal), ora a competência será mesmo em razão matéria, como no caso do art. 109, XI, que atribui competência à Justiça Federal para “*a disputa sobre direitos indígenas*”.

²⁵⁵ Art. 109. Aos juizes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; (...)

²⁵⁶ Regra geral é que a ação seja proposta no foro do domicílio do réu, ex vi do art. 94 do CPC. Várias outras regras, contudo, impõem ou facultam que a ação seja proposta em outro foro. Caso digno de nota é o do § 3º do art. 109 da Constituição, que, para facilitar o direito de ação do segurado quanto à proximidade do seu domicílio, prestigia o critério territorial em detrimento do critério da matéria, uma vez que permite seja proposta ação em face do INSS (autarquia federal) perante a Justiça Estadual no caso de o foro do domicílio do autor não ser sede de Vara Federal, desde que o autor seja beneficiário ou segurado da Previdência Social.

Saliente-se que, dentro do mesmo território (foro ou comarca) e do mesmo ramo do Poder Judiciário (uma das “Justiças”), pode haver vara especializada para o julgamento da causa em razão da matéria. É o que ocorre, dentro de uma mesma comarca, relativamente grande, quando há, além das varas cíveis comuns, vara privativa da Fazenda Pública ou vara de Família e Sucessões.

Resumindo: a) se houver competência em razão da hierarquia, prevista na Constituição, está definido o juízo competente; caso contrário a ação se processa em primeiro grau de jurisdição; b) sendo esta a regra e o comum das coisas, será então necessário definir, pela matéria ou pela pessoa, se a causa é da Justiça Especializada ou da Justiça Comum, Federal ou Estadual; c) definido o ramo do Poder Judiciário (qual das “Justiças”) a que toca a ação, caberá averiguar se, pelo valor da causa, há algum juízo de alçada prevalecente; d) não havendo, ou quando houver mais de um, será necessário fixar o juízo em razão da comarca ou território; e) finalmente, dentre os juízos competentes pelo território, restará averiguar se algum deles é especializado, em razão da matéria ou da pessoa; f) não o sendo, valem as regras de prevenção, sem prejuízo da distribuição por conexão, continência ou demais regras de dependência legal²⁵⁷.

Por outro lado, tem-se admitido que o Conselho da Justiça Federal fixe territorialmente as Varas Federais por ato administrativo, como dispõe a Lei 12011/2009, verbis: “Art. 1º São criadas 230 (duzentas e trinta) Varas Federais, destinadas, precipuamente, à interiorização da Justiça Federal de primeiro grau e à implantação dos Juizados Especiais Federais no País. § 1º A localização das varas criadas por este artigo será estabelecida pelo Conselho da Justiça Federal, com base em critérios técnicos objetivos que identifiquem a necessidade da presença da Justiça Federal na localidade, levando-se em conta, principalmente, a demanda processual, inclusive aquela decorrente da competência delegada, a densidade populacional, o índice de crescimento demográfico, o Produto Interno Bruto, a distância de localidades onde haja vara federal e as áreas de fronteiras consideradas estratégicas.

²⁵⁷ É este o roteiro, em linhas gerais, proposto por Cândido Rangel Dinamarco: “Sabe-se (a) que a ordem judiciária brasileira é composta por tribunais de superposição (STF e STJ) e diversas Justiças, (b) que em cada uma destas há órgãos superiores e órgãos inferiores, (c) que esses órgãos (notadamente os inferiores) são localizados em inúmeros lugares (foros, comarcas) e (d) que há muitos foros dotados de uma pluralidade de órgãos (varas). Consequentemente, na ordem jurídico-processual brasileira os problemas de determinação da competência colocam-se com as seguintes indagações (em torno de um hipotético caso concreto): I – para a causa em exame é obrigatoriamente competente algum dos tribunais de superposição (STF, STJ) ou uma das Justiças? II – não sendo originariamente competente os tribunais de superposição, de qual das Justiças será a competência? III – no âmbito da Justiça competente, a competência é originariamente de seus tribunais (órgãos de jurisdição superior) ou dos órgãos inferiores (juízos, varas)? IV – sendo competentes os órgãos inferiores, em qual lugar do território nacional situa-se o órgão perante o qual a causa deve ser processada – ou seja, em qual foro? V – se a competência for de um foro em que existam varas especializadas (varas cíveis, da família, da Fazenda Pública, registros públicos, etc.), qual delas será a competente? VI – em caso de recurso, qual o órgão competente? ” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 1. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002; p. 418/419.)

1.2 A dualidade no regime jurídico da competência

Vimos acima critérios para a distribuição da competência entre diversos órgãos estatais. Veremos aqui o regime jurídico da competência, ou seja, qual a importância dada pelo legislador a esses diferentes critérios, que pode ser aferida pelos diferentes efeitos jurídicos que o legislador atribui ao vício de incompetência.

A competência é dividida pelo legislador em absoluta e relativa. A primeira (competência absoluta): a) não pode ser derogada pela vontade das partes; b) pode ser alegada e reconhecida a qualquer tempo e grau de jurisdição, inclusive de ofício pelo juiz; c) é improrrogável, não havendo preclusão nem para as partes e nem para o juízo; d) sua inobservância é causa de nulidade absoluta do processo, sendo possível, inclusive, a desconstituição da sentença transitada em julgado proferida por juiz absolutamente incompetente, pela via da ação rescisória.

A competência relativa, por sua vez: a) pode ser objeto de modificação pela vontade das partes; b) não pode ser reconhecida de ofício, mas apenas com a alegação da parte interessada, pela via da exceção de incompetência; c) ocorre preclusão se não alegada pela parte interessada no momento processual oportuno; d) prorroga-se a competência do juízo caso não seja feita esta provocação, convalescendo o vício da sua inobservância²⁵⁸.

Incompetência absoluta é tratada como matéria de ordem pública, que diz respeito ao interesse público, não podendo ser admitida nem tolerada sob pena de grave prejuízo ao Judiciário. As regras de competência relativa são consideradas como atinentes apenas ao interesse das partes, daí a razão da diferença de tratamento e efeitos²⁵⁹.”

²⁵⁸ “As regras de competência podem ser imperativas e cogentes ou apenas dispositivas. No primeiro caso, devem ser conhecidas pelo juiz, de ofício, e não podem ser objeto de derrogação pelas partes em nenhuma circunstância. Essas normas instituem a competência absoluta. Há, no entanto, aquelas de cunho dispositivo, que estão sujeitas ao exclusivo alvedrio das partes. São sujeitas a prorrogação e derrogação, porque a incompetência relativa não pode ser conhecida de ofício pelo juiz, devendo ser alegada pelo réu por meio de exceção, no prazo de contestação. Além disso, a competência relativa pode ser alterada pela vontade das partes por meio da eleição de foro.” GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2004; p. 54

²⁵⁹ Nesse sentido não discrepa a doutrina nacional: “O legislador distingue as situações de competência absoluta ou relativa, levando em conta critérios de ordem política. Há casos em que o interesse público

A violação às regras de competência absoluta é tratada com severidade pelo legislador. É absolutamente pacífico na doutrina que o julgamento de um processo por juiz absolutamente incompetente gera nulidade absoluta, acarretando a invalidação de todos os atos decisórios, o que pode ser alegado e reconhecido em qualquer grau de jurisdição. Alega-se, sem maiores reflexões, que a atribuição de competência absoluta está ligada ao “interesse público”, sem declinar qual seria esse interesse, mas que se põe acima do interesse das partes e não admite qualquer flexibilização, como a prorrogação da competência, pertinente apenas à competência relativa²⁶⁰.

recomenda a fixação de regras de competência que não podem ser alteradas, sob pena de grave prejuízo ao funcionamento do Judiciário; há outros em que razões imperativas dessa ordem não estão presentes, devendo ser preservadas a liberdade das partes e a comodidade de seu acesso à justiça.” (GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2004; p. 55); “O legislador distribuiu a competência entre os vários órgãos judiciários com base em critérios ligados ora ao interesse público (conveniência da função jurisdicional), ora ao interesse privado (comodidade das partes). Em princípio, é o interesse das partes que determina a distribuição da competência territorial e é o interesse público que conduz às competências de justiça especializadas, de hierarquia, de varas especializadas, de órgãos internos de tribunais etc. Assim, admite-se como regra geral que as partes possam modificar as regras de competência territorial, mas o mesmo não ocorre com os foros estabelecidos segundo o interesse público. Conforme a possibilidade de sofrer ou não alterações, a competência interna classifica-se em absoluta e relativa. Absoluta é a competência insuscetível de sofrer modificação, seja pela vontade das partes, seja pelos motivos legais de prorrogação (conexão ou continência de causas). Relativa, ao contrário, é a competência passível de modificação por vontade das partes ou por prorrogação oriunda de conexão ou continência de causas (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005); “É o interesse público pela perfeita atuação da jurisdição (interesse da própria função jurisdicional, portanto) que prevalece na distribuição da competência entre as Justiças diferentes (competência de jurisdição), entre juízes superiores e inferiores (competência hierárquica: original ou recursal), entre varas especializadas (competência de juízo) e entre juízes do mesmo órgão judiciário (competência interna). Em princípio, prevalece o interesse das partes apenas quando se trata de distribuição territorial da competência (competência de foro).”(CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini, e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.)

²⁶⁰ A propósito, o artigo 113 do CPC reza que “a incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção.”; o artigo art. 485, II, do CPC dispõe que “A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente.” Nesse sentido: “Como se vê, a alegação da incompetência absoluta pode ser feita a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, e por qualquer das partes ou intervenientes, inclusive após o trânsito em julgado da sentença como fundamento da ação rescisória, com base no art. 485, II. Entretanto, caso a alegação de incompetência absoluta seja feita após o prazo de contestação, a parte – autora, ré ou intervenientes, entenda-se – que a arguir pagará a totalidade das custas (art. 113, § 1º). O fundamento disso é o de que, conquanto tenha razão no incidente, no seu agir tardio houve culpa processual. Pelo sistema antigo, a alegação poderia ser feita até a oportunidade do saneador. Caso a alegação se desse após essa oportunidade, a parte que a alegasse arcaria com as custas em dobro. (ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, vol. 1. 8 ed. São Paulo: RT, 2003.) No mesmo sentido: “A competência plena, ou a inexistência de competência absoluta, é pressuposto processual de validade da relação jurídica processual. Os atos decisórios praticados por juiz absolutamente incompetente são inválidos; a sentença por ele proferida é passível de impugnação por ação rescisória (CPC 485 II). Como se trata de matéria de ordem pública, a incompetência absoluta (material ou funcional) pode ser argüida por qualquer das partes, pelo MP e pelo interveniente. O juiz deve, ex officio, examiná-la e, se for o caso, declará-la, independentemente de provocação da parte ou interessado. O magistrado não pode eximir-se de declarar a

Em linhas gerais, arrimada no art. 111 do CPC²⁶¹, a doutrina considera que os critérios da hierarquia e da competência de jurisdição (este último ligado à matéria ou à pessoa) estão ligados ao regime da competência absoluta, enquanto que os critérios do valor e do território estariam ligados ao regime da competência relativa²⁶².

Quanto ao critério do valor, contudo, a doutrina assevera que a competência seria absoluta caso a lei estabelecesse que um juízo “x” só poderia processar causas abaixo de um determinado valor, de modo que, ultrapassado esse valor, o vício seria de incompetência absoluta.

Todavia, a recíproca não é verdadeira: estabelecido que um juízo “y”, por sua vez, deveria processar e julgar causas acima daquele determinado valor, se uma causa abaixo daquele valor fosse proposta indevidamente no juízo “y”, então o problema seria de incompetência relativa²⁶³.

incompetência absoluta.” (NERY Jr., NELSON e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006; p. 323)

²⁶¹ CPC, art. 111: “A competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável por convenção das partes; mas estas podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações.”

²⁶² Nesse sentido, Leonardo José Carneiro da Cunha explica que: “São absolutas as competências fixadas em razão dos critérios de natureza material e funcional. As competências fixadas em razão do território e do valor da causa são, por sua vez, relativas. A competência territorial é relativa, excetuando-se, entre outras, a hipótese do art. 95 do CPC: nas ações reais imobiliárias, a demanda deve ser proposta no foro do domicílio da coisa. Essa é uma competência territorial que, porém, é absoluta.” (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Jurisdição e Competência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008; p. 117). Essa também é a lição de Athos Gusmão Carneiro: “**Competência relativa**: competência territorial ou de foro; *competência em razão do valor*, em certos casos; *competência pela situação do imóvel*, em alguns casos; **Competência absoluta**: *competência em razão da matéria*; *competência em razão da pessoa*; *competência em razão do valor*, em alguns casos; *competência pela situação do imóvel*, na maioria dos casos; *competência funcional* – no “plano horizontal”; no “plano vertical” ou recursal.” (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996; p. 64.) Agrega-se a lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade, para os quais “O critério adotado por Moacyr Amaral Santos é o de mais destaque na doutrina internacional. Para ele três são os critérios: *o objetivo, o territorial e o funcional*. O primeiro engloba os critérios de fixação de competência segundo a *natureza da causa* (CPC 111, *absoluta*), *seu valor* (CPC 111, *relativa*), ou segundo a *condição das pessoas em lide* (CPC 111, *absoluta*). O segundo fixa a competência do juízo segundo os limites de suas circunscrições territoriais (CPC 111, *relativa*). O terceiro, estabelece a competência de acordo com os poderes jurisdicionais de cada um dos órgãos julgadores, conforme sua função no processo (CPC 111, *absoluta*).” (NERY Jr., NELSON e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006; p. 279.)

²⁶³ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996; p. 64.: “*Competência em razão do valor da causa*. Esta competência é absoluta quando “do menos para

A legislação adota esse esquema doutrinário, como regra geral. Vez por outra, todavia, ela produz adaptações, como a atribuir a um desses critérios um regime jurídico de competência diverso, para o fim de incorporar total ou parcialmente seus efeitos²⁶⁴, ou então expressamente reconhece um efeito que foge ao seu regime jurídico de competência, como sucedeu com o novel parágrafo único do art. 112 do CPC, que impôs ao magistrado o reconhecimento de ofício da incompetência relativa em caso de nulidade de cláusula de eleição de foro em contrato de adesão, incorporando entendimento jurisprudencial sobre o tema²⁶⁵.

o mais”, i. e., a competência do juiz de menor “alçada” não pode ser prorrogada para abranger causa de maior valor.

²⁶⁴ É o que ocorre com o art. 2.º da Lei 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), do seguinte teor: “Art. 2º As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência *funcional* para processar e julgar a causa.” Embora fale em competência funcional para um critério territorial, a lei quis atribuir o regime jurídico da competência absoluta ao critério de território. Nesse sentido: “Diz a LACP que a competência para as ações civis públicas é *funcional*, do foro do local do dano. Entretanto, não nos parece tenha a lei instituído juízos com competência funcional para a defesa de interesses difusos ou coletivos; antes nos parece que a LACP quis referir-se à competência *absoluta*, não especificamente *funcional*. Quis, assim, apenas afirmar que a competência para as ações civis públicas fundadas na Lei 7.347/85, embora fixada em razão do local do dano, é absoluta, e, portanto, inderrogável e improrrogável por vontade das partes. Mais clara foi a dicção do ECA, que se referiu ao ‘foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão, cujo juízo terá competência absoluta para processar a causa’.” (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em Juízo*. 17.ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004; p. 239)

²⁶⁵ Confira-se a nova redação do art. 112 do CPC, pelo acréscimo de um parágrafo único: “Art. 112. Argüi-se, por meio de exceção, a incompetência relativa. Parágrafo único. A nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser declarada de ofício pelo juiz, que declinará de competência para o juízo de domicílio do réu. (Incluído pela Lei nº 11.280, de 2006)”. Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves: “A Lei 11.280/2006, ao somar ao art. 112 do CPC um parágrafo único, trouxe significativa novidade no trato judicial da incompetência relativa, permitindo ao juiz, na hipótese de haver no caso concreto uma nulidade de cláusula de eleição de foro em contrato de adesão, declarar de ofício tal nulidade, declinando de sua competência para o ‘juízo de domicílio do réu.’ O dispositivo legal, apesar de trazer uma novidade ao Código de Processo Civil, simplesmente consagra entendimento jurisprudencial pacífico em nossos tribunais, sendo necessária uma breve análise dos precedentes que levaram o legislador à previsão a ser comentada. Percebe-se pela literalidade da norma invocada que o objetivo do legislador foi criar uma exceção à regra geral de que não cabe ao juiz reconhecer de ofício a sua própria incompetência, sendo essa missão exclusiva do réu e, em algumas hipóteses, do assistente. A regra, portanto, continua sendo a de que, não havendo ingresso de exceção de incompetência, prorroga-se a competência do juízo, ou seja, torna-se competente o juízo que originariamente não o era. O art. 112, parágrafo único, do CPC cria, tão somente, uma exceção à regra geral. (...) **Flexibilização jurisprudencial à súmula 33 do STJ.** O entendimento proibitivo quanto ao reconhecimento de ofício da incompetência relativa do juízo, apesar de sumulado, passou a ser sistematicamente flexibilizado por nossos tribunais, com amplo amparo doutrinário, na hipótese de o processo envolver relação de consumo em que houvesse cláusula abusiva de eleição de foro. Tornou-se freqüente em contratos de consumo – em especial nos contratos de adesão – o fornecedor indicar o foro competente para julgar eventuais demandas geradas na interpretação ou cumprimento do negócio jurídico que traz dificuldades excessivas para o exercício do direito de defesa por parte do consumidor, com a nítida intenção de prejudicá-lo processualmente.” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Reforma do CPC. Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006*. Obra coletiva, sendo autores Daniel Amorim Assumpção Neves, Glauco Gumerato Ramos, Rodrigo da Cunha Lima Freire e Rodrigo Mazzei. São Paulo: Ed. RT, 2006; pp. 405-408).

A propósito, calha abrir um parêntese para sublinhar que, a despeito da inexistência do parágrafo único do art. 112 do CPC e do claro comando contido no seu “caput”, a jurisprudência já o flexibilizava em seu teor, tanto em nome do princípio constitucional que consagra o amplo direito à defesa (CF, art. 5.º, LV), como dos princípios de proteção que inspiraram o Código de Defesa do Consumidor (CF, art. 5º, XXXI e art. 170, V, c/c Lei 8.078/1990). Ou seja, desconsiderou-se o comando de regra legal em prol de princípios constitucionais inerentes ao *due process of law*, fazendo repercutir a força normativa da Constituição na praxe processual; algo que, muitas vezes, sugere-se seja feito neste trabalho, mas em prol do princípio da eficiência.

Este episódio deixa claro o afastamento de uma regra legal específica em prol de outras normas do sistema jurídico, revelando, em mais um exemplo, que há um viés criativo no poder jurisdicional. O cotejamento de diversos dispositivos legais e constitucionais para afastar uma regra expressa do CPC demonstra que essa atividade transcende a simples “declaração” do direito pré-constituído; a solução proposta pela jurisprudência fora inovadora e, por isso mesmo, criativa. A lei, nesse caso, veio a seu reboque.

1.3 Reflexos desse sistema legal na tramitação de processos

As consequências de se atribuir a pecha de nulidade absoluta a todas as decisões de um processo proferidas por juiz absolutamente incompetente são drásticas, implicando muitas vezes a perda de anos de trabalho jurisdicional.

Veja-se o absurdo em exemplo real: um trabalhador, no ano de 1996, ingressa na Justiça Estadual de São Paulo com ação contra seu antigo empregador, requerendo indenização por danos materiais e morais decorrentes de acidente do trabalho, uma vez que teve parte significativa da sua mão decepada numa máquina industrial.

O autor junta fotos ilustrativas do dano (ou seja, três dedos e metade da mão decepados) e o réu, na contestação, não nega a ocorrência do dano, exatamente como

relatado pelo autor. Apesar de o fato ser incontroverso, o juiz determina a realização de perícia médica em órgão público para apuração da extensão do dano.

A perícia leva anos para ser concluída e finalmente o órgão público responsável apresenta o laudo no processo concluindo que os danos são graves e que o trabalhador teve diminuída a sua capacidade para o trabalho. Era o óbvio, bastava ver as fotos para concluir isso, não precisava ser perito²⁶⁶.

O juiz sentencia o feito pouco depois da perícia e oito anos depois da petição inicial (ano de 2002), concluindo pela procedência da ação²⁶⁷ e determinando a condenação da ré em quantia expressiva, consistente no pagamento de alimentos durante todo o período em que se processou a ação, mais danos morais e estéticos em parcela única²⁶⁸. Como não houve requerimento do autor para a concessão de tutela antecipada para fixar alimentos (exigência do caput do art. 273 do CPC, e o juiz não os concedeu de ofício), só ao fim da ação foram arbitrados, porém em caráter retroativo.

A empresa ré apela e pede os benefícios da assistência judiciária gratuita para as custas recursais²⁶⁹. O juiz indefere o pleito e não recebe a apelação. A ré agrava de instrumento e os autos vão ao exame do antigo Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo.

Neste recurso de agravo, a empresa ré pede o reexame não apenas do indeferimento do pedido de gratuidade judiciária, mas apresenta também a alegação de incompetência absoluta do juízo e conseqüente pedido de nulidade da sentença, uma vez que a ação de danos morais por acidente do trabalho contra o empregador competiria, a seu ver, à Justiça do Trabalho. A mesma tese de incompetência absoluta fora alegada como

²⁶⁶ A primeira penalização do autor em termos de demora processual é decorrência da inobservância da regra prevista no art. 334, III, do CPC: “Não dependem de prova os fatos: III – *admitidos no processo como incontroversos*.”

²⁶⁷ Realmente, como concluiu a perícia, houve danos significativos na vida do autor. Com todo respeito, não era preciso ser perito ou fazer perícia para concluir isso.

²⁶⁸ Condenação que, na época, superava a quantia de R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais).

principal fundamento da apelação, mas como o recurso de apelação não fora conhecido, a tese pôde ser renovada no recurso de agravo, já que esta matéria, por ser de ordem pública, permite-se, segundo doutrina e jurisprudência pacíficas, seja alegada a qualquer tempo e grau de jurisdição, inclusive no agravo de instrumento contra decisão que indeferiu o processamento da apelação. Observe-se: a apelação não foi conhecida, mas a empresa ré conseguiu, por via transversa, obter o exame da sua principal tese de apelação no recurso de agravo contra a decisão que não conheceu da apelação.

Muito bem, o extinto 2ª TAC/SP nega provimento ao agravo, asseverando a competência da Justiça Estadual, bem como negando o benefício da isenção de despesas para a pessoa jurídica. A empresa ré oferece embargos de declaração e depois recurso especial, que é admitido. O Superior Tribunal de Justiça autua o recurso em 08/10/2003 e dá provimento ao mesmo em decisão de 02/06/2005, reconhecendo cabível, em tese, o benefício da assistência judiciária à pessoa jurídica²⁷⁰. Voltam os autos ao antigo 2º TAC/SP, já como Tribunal de Justiça (por força da E.C. n.º 45/2004), ainda no ano de 2005.

Dois anos depois de receber os autos de volta do S.T.J., em 2007, embora a questão da competência já tivesse sido decidida pelo próprio Tribunal de Justiça (antigo 2º TAC) quando do julgamento do agravo de instrumento no ano de 2002, desta feita o mesmo Tribunal decidiu que a competência era da Justiça do Trabalho e determinou a remessa dos autos ao Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, em 2007. O TRT – 2ª Região, por sua vez, discordando desse entendimento, suscitou conflito negativo de competência em 14/05/2008, no qual o STJ decidiu pela competência da Justiça Estadual em decisão de 10/06/2008²⁷¹.

²⁶⁹ A empresa ré era de pequeno porte e à época do fato ilícito talvez tivesse condições de responder pelo dano, ou parte dele, mas, oito anos após a propositura da ação, já não tinha condições sequer de pagar as custas para recorrer. A demora excessiva no processo gera esses inconvenientes.

²⁷⁰ O subscrito desta tese atuou como advogado do caso em favor da empresa. Confira-se o REsp 598.917/SP, disponível em www.stj.gov.br.

²⁷¹ Vide o Conflito de Competência n.º 95617/SP, Rel. Min. Sidney Benetti, publicado em 16.06.2008.

Mais uma vez, passaram-se anos discutindo qual a Justiça competente *ex ratione materiae*, sem que o âmago do problema, consistente na responsabilidade da empresa ré por dolo ou culpa no acidente do trabalho, fosse discutido e definido. E, o que é pior, deixando-se a um segundo plano o que realmente importa: a efetiva reparação dos danos sofridos pelo empregado, com a entrega do dinheiro no montante devido, único bem da vida capaz de lhe amenizar a dor sofrida com o trágico episódio.

Imbrólios desse jaez são bastante comuns com relação à competência em razão da pessoa. Segue outro exemplo, real, concreto e comum: em 12.12.1990, o IBAMA ajuizou perante o juiz de direito da comarca de Porto Seguro (BA) uma ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, consistente na degradação de vegetação de preservação permanente e manguezais, contra uma determinada pessoa. O réu ofereceu exceção de incompetência e os autos foram remetidos para o Juízo da 16ª Vara Federal de Salvador, sendo inicialmente aceita a competência, embora já havia sido instalada Vara Federal em Ilhéus, da qual Porto Seguro era abrangida²⁷².

Em 07/02/1996, o Ministério Público Federal em primeiro grau, oficiando como *custos legis*, manifestou-se pela procedência da ação, ou seja, o feito passou mais de 05 (cinco) anos tramitando. Quando o processo estava para ser julgado, outro magistrado federal, considerando aplicável a súmula 183 do STJ²⁷³, declarou-se absolutamente incompetente e suscitou conflito negativo de competência, subindo os autos ao Superior Tribunal de Justiça, competente para dirimi-lo (CF, art. 105, I, “d”). Esse conflito negativo de competência só foi julgado em 09.02.2000, sendo que o STJ aplicou a sua súmula 183 e assentou a competência da Justiça Estadual para o julgamento do processo, determinando o retorno dos autos à Vara Cível da Comarca de Porto Seguro²⁷⁴. Ou seja, passaram-se quase dez anos depois de proposta a ação para os autos retornarem ao primeiro grau ainda sem julgamento

²⁷² O réu ofereceu exceção de incompetência mas poderia ter feito tal alegação por simples preliminar na contestação.

²⁷³ Compete ao Juiz Estadual, nas comarcas que não sejam sede de vara da Justiça Federal, processar e julgar ação civil pública, ainda que a União figure no processo.

²⁷⁴ Trata-se do conflito de competência n.º 27676/BA, Rel. o Min. José Delgado, DJ de 17.04.2000.

É realmente irônico, todavia, constatar que pouco depois o STJ cancelou a sua súmula 183, de modo que se esse conflito fosse decidido uns meses depois, seu resultado teria sido outro, mantida a competência da Vara Federal que suscitou o conflito de competência.

Ora, se a súmula 183 do STJ foi cancelada, seguindo a ortodoxia desse entendimento de que o feito processado por juiz absolutamente incompetente gera nulidade absoluta, nada impede que o réu provocasse novamente o magistrado estadual para fazer os autos retornarem ao Juiz Federal, o qual poderia discordar e suscitar outro conflito de competência e por aí vai.

Mais de uma década e toda a atividade jurisdicional do Estado ficou centrada em saber qual o juízo competente, sem enfrentar o que realmente deveria ser resolvido: a responsabilização, ou não, do causador de supostos danos ao meio ambiente, com a sua recomposição ao *status quo ante*.

Quem quer que tenha uma mínimo de vivência prática com a advocacia sabe que outros incontáveis exemplos poderiam ser colacionados de decretação de nulidade do processo por vício de incompetência absoluta vários anos depois do ajuizamento da ação, revelando desperdício de tempo, sacrifício e dinheiro, tanto das partes envolvidas como do Poder Judiciário. Esse quadro acaba se desenvolvendo porque alguns Tribunais levam mais de um lustro para julgar o recurso de apelação²⁷⁵.

²⁷⁵ Veja-se notícia publicada na revista eletrônica “Consultor Jurídico” no dia 16 de fevereiro de 2005: “O Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo aprovou, por unanimidade, nesta quarta-feira (16/2), um mutirão dos juízes titulares de primeira instância para julgar os cerca de 505 mil recursos encalhados na segunda instância da Justiça paulista. (...)Hoje, a demora na distribuição dos processos em São Paulo chega a ser de até cinco anos -- a maior do país.” (Sítio <http://www.conjur.com.br/2005-fev-16/tj-sp-faz-mutirao-distribuir-505-mil-acoas-paradas>, acesso em 16 de junho de 2009.) Quatro anos se passaram e a situação permanece crítica, conforme se nota por trecho de artigo do Juiz Valter Alexandre Mena publicado em 13 de fevereiro de 2009 no site oficial da APAMAGIS – Associação Paulista de Magistrados, “Quer dizer, o Tribunal de Justiça, com 360 desembargadores e 73 juízes substitutos de segundo grau, não dá conta de apreciar os recursos de sentenças proferidas no primeiro grau, mesmo contando com o auxílio de 292 juízes convocados em sistema de mutirão (o atraso chegou a 5 anos e vem caindo graças a esse auxílio extraordinário). Só conseguirá suportar, sozinho, esse desmesurado volume de serviço, se aumentar a produtividade individual de seus integrantes permanentes (o que é humanamente impossível), ou se ampliar o quadro, além de outras providências (v. item 6, abaixo). Caso contrário, os recursos permanecerão dormitando nas prateleiras por 5 anos ou mais (a tendência é piorar), em clara afronta ao princípio constitucional previsto

Não demanda muito esforço para detectar um grave problema de funcionalidade neste sistema judiciário de prestação da tutela jurisdicional. Há um gargalo de ineficiência que deve ser superado. Prosseguimos com o estudo.

2. As razões legislativas (*suporte axiológico*) das regras (e critérios) de distribuição de competência

Já vimos os critérios que informam a distribuição de competências entre os diversos órgãos jurisdicionais (subitem 1.1), a dualidade dos regimes jurídicos de nulidade processual relacionados ao vício de incompetência (subitem 1.2), os efeitos nefastos em termos de demora processual para o reconhecimento da incompetência absoluta (subitem 1.3), cabendo agora analisar quais os valores que dão suporte à criação daqueles critérios de distribuição de competências e das conseqüências de sua inobservância.

Vimos no capítulo I que todas as regras legais encontram suporte num valor, que deve ser encontrado pelo intérprete para a melhor compreensão do seu âmbito de aplicação. Os valores previstos no sistema jurídico, sob o prisma normativo, acabam consagrados em princípios, explícitos ou implícitos, além se serem condensados em regras para a referência de situações peculiares e específicas. Daí a relevância de se indagar quais os valores que justificam, em caráter normativo, a existência das regras legais a respeito da repartição de competências.

2.1 Divisão da Justiça Comum em Justiça Estadual e Justiça Federal

Começemos pela divisão da Justiça Comum em Federal e Estadual, que pode se dar em razão da matéria ou da pessoa, implicando a sua inobservância vício de incompetência absoluta. Qual a sua razão de ser? Respeito ao princípio federativo?

no artigo 5º, LXXVIII, que alçou à categoria de direito e garantia fundamental a "razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" e dentre esses meios "número de juízes na unidade jurisdicional proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população. (art. 93, XIII) (Emenda Constitucional nº 45/2003). Sítio <http://www.apamagis.com.br/noticia.php?noticia=26470>, acesso em 16 de julho de 2009.

Tal não pode ser, uma vez que a Justiça Federal não tem como função a tutela dos interesses da União frente aos Estados, nem a Justiça dos Estados tem como função a tutela dos interesses dos Estados frente à União. Aliás, se houver um litígio que traga algum conflito federativo, sua solução caberá ao Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, “f”), que é órgão de cúpula do Poder Judiciário, não pertence nem à Justiça Federal e nem à Justiça dos Estados, sobrepondo-se a todos os demais órgãos judiciários.

É dizer: a Justiça Federal não favorece a União (nem os Estados), assim como a Justiça dos Estados não favorecem os Estados (nem a União). Os atributos de independência e imparcialidade da magistratura, positivados no texto constitucional e arraigados na cultura institucional, certamente fariam com que não houvesse tratamento discriminatório da União se fosse julgada na Justiça Estadual, assim como não há tratamento discriminatório dos Estados e Municípios, quando submetidos a julgamento na Justiça Federal²⁷⁶.

As razões históricas que animaram a criação da Justiça Federal, segregada da Justiça dos Estados, certamente fizeram sentido para a sua época própria. George Marmelstein sustenta que a criação da Justiça Federal ocorreu em 1890 por influência do modelo judiciário norte-americano, com a esperança de se instituir o controle difuso de constitucionalidade das leis e impor na realidade social o sistema de freios e contrapesos inerente ao princípio da separação entre os poderes²⁷⁷. A Justiça Federal era realmente vista

²⁷⁶ Estados podem figurar como parte na Justiça Federal quando estejam no mesmo polo processual (ativo ou passivo) da União, suas autarquias ou fundações. A hipótese do art. 102, I, “f” da Constituição remete o julgamento ao STF apenas quando houver um conflito federativo, isto é, entes da federação em disputa de interesses opostos. Já os Municípios, que não têm em sua estrutura um Poder Judiciário, litigarão na Justiça Federal nos casos do art. 109 da Constituição, nas Justiças Especializadas quando a matéria assim o ensejar e na Justiça Estadual em caráter residual.

²⁷⁷ Nas palavras do autor: “Como se observa, a Justiça Federal foi criada com a finalidade específica e expressa de controlar a constitucionalidade das leis, através da chamada **‘jurisdição constitucional’**, que nada mais é do que a forma pela qual um órgão imparcial e independente exerce a função de fiscalizar o cumprimento da Constituição. Assim, pelo menos no papel, havia uma crença de que a Justiça Federal seria capaz de fiscalizar os demais poderes, servindo como guardião da Constituição dentro do sistema de freios e contrapesos que se pretendia implementar.” MARMELSTEIN, George. *A criação da Justiça Federal e o surgimento da jurisdição constitucional no Brasil*. In Revista CEJ, Ano XI, n. 39, p. 84-87, out./dez. 2007, Brasília – DF. No mesmo artigo há a citação de um interessante trecho de discurso de Rui Barbosa sobre a Justiça Federal: “Sem a Justiça Federal a democracia é uma burla. Sem a Justiça Federal é regime democrático é uma falsificação. Sem a Justiça Federal a separação de poderes é um estelionato. Sem a Justiça

como necessária à sustentação da Federação, da República e da Democracia, impedindo que o coronelismo local, ou as elites regionais dos Estados, sobrepujassem seus interesses sobre a União.

Hoje em dia, porém, não tem o menor cabimento considerar que a Justiça Federal seria melhor para o país que a Justiça Estadual ou vice-versa. E mais, considerando a independência consolidada do Poder Judiciário, Federal e Estadual, frente ao Poder Executivo, tanto dos Estados como da União, melhor seria a unificação de todos os órgãos jurisdicionais numa só estrutura administrativa, permitindo ganhos em termos de unificação da gestão administrativa e o fim das controvérsias jurisdicionais sobre o juízo competente²⁷⁸.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já assentou que o Poder Judiciário é *uno* e possui caráter *nacional*, apesar das suas divisões administrativas, asseverando também que essas divisões em órgãos com diferentes especialidades (leia-se: diversas competências materiais) atendem apenas a uma lógica de distribuição racional do trabalho jurisdicional:

“O pacto federativo não se desenha nem expressa, em relação ao Poder Judiciário, de forme normativa idêntica à que atua sobre os demais Poderes da República. Porque a Jurisdição, enquanto manifestação da unidade do poder soberano do Estado, tampouco pode deixar de ser una e indivisível, é doutrina assente que o Poder Judiciário tem caráter nacional, não existindo, senão por metáforas e metonímias, ‘*Judiciários estaduais*’ ao lado de um ‘*Judiciário federal*’. A divisão da estrutura judiciária brasileira, sob tradicional, mas equívoca denominação, em *Justiças*, é só o resultado da repartição racional do trabalho da mesma natureza entre distintos órgãos jurisdicionais. O fenômeno é corriqueiro, de distribuição de competências pela malha de órgãos especializados, que, não obstante portadores de esferas próprias de atribuições jurisdicionais e administrativas, integram um único e mesmo Poder. Nesse sentido fala-se em *Justiça Federal e Estadual*, tal como se fala em *Justiça Comum, Militar, Trabalhista, Eleitoral*, etc., sem que com essa nomenclatura ambígua se enganem hoje os operadores jurídicos.”²⁷⁹

Federal a federação é um roubo. Sem a Justiça Federal a república é a mais indigna das formas de governo.” (idem, apud).

²⁷⁸ A unificação não foi implementada com a reforma da Emenda Constitucional n.º 45/2004, mas a criação do Conselho Nacional de Justiça foi um passo decisivo neste sentido.

²⁷⁹ STF, ADI n.º 3.367/DF, D.J.e. de 29.06.2007, Re. Min. Cezar Peluso. Este entendimento tem o respaldo de autorizada doutrina, para quem Mesmo no sistema italiano, em que se fala de diversidade de jurisdições, a doutrina anota que, na realidade, a jurisdição é una: “Si è più volte osservato che, nonostante la varietà delle giurisdizioni, questa pluralità si ricompone ad unità, poichè unica è nella sostanza la funzione giurisdizionale.

Se o Poder Judiciário é uno, tem caráter nacional, tendo como órgão de cúpula o Supremo Tribunal Federal, qualquer questão mais relevante que ponha em risco o pacto federativo acaba podendo ser levada ao seu conhecimento, para dar a palavra final. Quer dizer, na atual configuração do sistema judiciário brasileiro, mesmo que as forças políticas, econômicas e sociais locais quisessem usar do Poder Judiciário Estadual para impor medidas absurdas contra a União ou suas autarquias e fundações, ainda haveria o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, estes no âmbito jurisdicional, e o Conselho Nacional de Justiça, no plano administrativo, todos aptos para impedir a consumação deste desgaste ao pacto federativo.

Outrossim, considerando que Estados e Municípios podem figurar como partes ou intervenientes na Justiça Federal, teríamos de admitir a hipótese inversa, ou seja, que o sistema atual permite a pressão da União em desfavor dos Estados e Municípios, com o uso do Poder Judiciário. Embora isso não aconteça, se acontecer, ainda assim os mesmos órgãos jurisdicionais de controle e superposição poderão atuar para combater esta lesão ao pacto federativo.

Afora a razão histórica, a doutrina não apresenta nenhuma outra, atualmente, para a manutenção dessa segregação organizacional e administrativa. Ninguém pode duvidar que ela deve ser mantida (e não pode ser ignorada) pela singela e suficiente razão de que consta expressamente do texto constitucional. Na medida em que a Constituição criou uma Justiça Estadual e outra Federal, como norma originária, pode-se no máximo lamentar que não tenha feito de outra forma.

Todavia, e aqui está o ponto fundamental, a Constituição não traz a diferença entre regras de competência absoluta ou relativa. Toda a configuração do regime de competências, em termos de se enquadrar um critério como de competência absoluta ou relativa, bem como de se aquilatar as conseqüências decorrentes da sua inobservância, está plasmado na lei. É a lei que disciplina em detalhes a influência processual das regras de

In altre parole, il principio dell'unità del diritto oggettivo ed è a fondamento di puntuali regole normative che ne sono traduzione sul piano legislativo. " TOMMASEO, Ferruccio. *Apunti di Diritto Processuale Civile*. 4ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2000; p. 108.

competência, não se devendo olvidar, por sua vez, que ela deve respeitar os valores da Constituição como um todo.

Isso significa que, ao disciplinar as consequências jurídicas no âmbito do processo decorrentes da inobservância das regras de competência, a legislação inferior não pode se furtar à observância dos valores que inspiraram a divisão funcional do Poder Judiciário na Constituição, mas também deve aquilatar os direitos fundamentais das partes litigantes no processo e o princípio constitucional da eficiência.

A rigor, as partes sempre devem ter direito a apontar o vício de incompetência, tanto absoluta como relativa, pela natural presunção de que o juízo competente seja o mais apto a julgar o caso concreto. Mesmo que o direito seja patrimonial e disponível, uma das facetas do princípio do juiz natural está no direito *relativo* de se ter uma causa julgada pelo juiz competente, conforme a disciplina legal instituída. Todavia, a principal garantia do juiz natural é que não haja parcialidade na conduta do magistrado, tanto por qualquer das partes como por ingerências superiores, estatais ou não. O direito ao julgamento por um juiz imparcial é *absoluto*, enquanto o direito a que a causa seja julgada pelo juiz presumivelmente mais apto pode ser flexibilizado, tanto mais quando a própria parte interessada não reclama a existência do vício *oportuno tempore*.

Há situações em que um Juízo é instituído como competente porque há interesses extremamente caros ao sistema jurídico, que não dizem respeito a questões patrimoniais e disponíveis, como a Justiça Militar, concebida para cuidar de parcela das relações jurídico institucionais travadas no âmbito as Forças Armadas, dada a sua peculiar condição, tanto por dispor de potencial bélico como por serem organizadas segundo rígidos parâmetros de hierarquia e disciplina. Os interesses que gravitam em torno da Justiça Eleitoral também dizem respeito a uma ordem pública que transcende o meramente individual, tocando em temas fundamentais, como a distribuição do poder pela participação popular direta e indireta na democracia.

Quando, todavia, os critérios da distribuição da competência estão única e exclusivamente fundados numa melhor racionalização do sistema judiciário, pela especialização dos trabalhos entre diferentes órgãos, visando a imprimir-lhe eficiência e outorgar às partes o direito à razoável duração do processo, será preciso averiguar se a aplicação do sistema legal de regimes de competência não está atentando contra este objetivo. Quer dizer, se a atribuição da nulidade absoluta, como consequência da pecha da incompetência absoluta, não irá impor um golpe desmesurado à eficiência quando o resultado almejado pelo sistema com o diferente critério de competência fora justamente o de imprimir eficiência ao sistema.

Se os critérios constitucionais e legais de repartição da competência são fundados em razões históricas sem qualquer outra justificativa para os tempos atuais, ou se o seu fundamento for especializar para dar eficiência ao sistema (como ocorre nas especializações de varas por atos administrativos dos tribunais ou pelas leis de organização judiciária), qualquer decisão de nulidade que implique a perda de anos de trabalho jurisdicional militaria contra esse propósito e por isso não pode ser aceita. Quando uma norma jurídica atenta contra o valor que justificou a sua criação, aplicá-la constitui arrematado absurdo.

2.2 A aplicação das regras dos art. 111, 113 e 485, II, do CPC: o princípio da eficiência na divisão de causas entre a Justiça Estadual e a Justiça Federal

Uma causa que demore vinte anos para ser julgada em definitivo, com o trânsito em julgado da decisão, pode ser levada à estaca zero se for proposta, dois anos após isso, uma ação rescisória com base no art. 485, II, do CPC, que venha a ser julgada procedente, fato que pode levar também outros tantos anos (o julgamento da rescisória). Igual estrago pode ser provocado em processo ainda em curso, embora em menor extensão, pela aplicação conjunta dos artigos 111 e 113, § 2.º do CPC, implicando a nulidade de todos os atos decisórios praticados.

O que justifica tamanha agressão ao princípio da eficiência, considerado em seus quatro aspectos (celeridade, efetividade, segurança e economia processual)?

Não há resposta satisfatória. Esta regra atenta contra a *celeridade*, eternizando processos; atenta contra a *segurança*, porque há matérias dúbias que sempre ensejam discussão quanto à competência da Justiça Federal ou Estadual, pondo a decisão sob a eterna possibilidade de ser desconstituída, enfraquecendo a sua estabilidade; atenta contra a *efetividade*, porque enseja que a entrega do bem da vida possa ser frustrada por motivo de índole eminentemente processual e sem justificativa relevante; atenta contra a *economia processual*, pela necessidade de repetição de decisões e procedimentos.

Essa não é uma situação lamentável e inevitável, da qual temos todos de nos conformar. O Poder Judiciário pode e deve assumir a sua responsabilidade para evitar esse tipo de ocorrência, bastando que se aplique o princípio constitucional da eficiência (CF, art. 37, caput), que é a raiz jurídica do mandamento constitucional expresso que consagra, como direito fundamental, a “razoável duração do processo”.

O que se discute aqui são as consequências processuais de inobservância destas regras e o principal fator a ser levado em consideração é o valor que está por trás delas. Diante da crise crônica de morosidade pela qual passa o Poder Judiciário, não há mais como aceitar acriticamente, passivamente, que os critérios que moldam a competência absoluta estão baseados no interesse público, têm previsão constitucional e por isso sempre levam inexoravelmente à nulidade absoluta, não importa em que fase o processo esteja. Levar este raciocínio às últimas consequências, como se fora um axioma, implica desconsiderar o direito fundamental à razoável duração do processo e o princípio constitucional da eficiência, ambos com assento constitucional, vulnerando-se também o princípio da dignidade da pessoa humana quanto aos prejudicados com a demora²⁸⁰.

²⁸⁰ É preciso retomar a advertência, um tanto quanto óbvia mas nem sempre tratada com o devido respeito, de que o processo serve para resolver os problemas e conflitos concretos de pessoas concretas da sociedade humana e não como um fim em si mesmo. Mesmo nos processos abstratos de controle de constitucionalidade ou nos processos coletivos envolvendo interesses difusos, o objetivo do processo, ainda que indiretamente, não deixa de ser esse mesmo.

Em suma, cabe ao intérprete averiguar qual o valor que justificou a criação da regra de competência, para concluir se a nulidade será a consequência imposta ou não. Essa atividade de exegese não tem nenhuma novidade, sendo secularmente conhecida como *interpretação teleológica*. Nos casos em que o objetivo das normas de competência seja promover a racionalização dos trabalhos judiciais mediante a especialização de atividades, a declaração de nulidade do processo em fase adiantada (ou já acabado, se admitida a rescisória) surtirá efeito contrário ao pretendido.

Por isso, quando esta situação se verificar, caberá uma flexibilização ao regime legal da competência absoluta, de sorte a se permitir ao réu que invoque a incompetência, desde que o faça no corpo da contestação²⁸¹. O juiz também poderá (*rectius*: deverá) invocar de ofício a sua incompetência, mas desde que o faça até a decisão de saneamento, ou nela mesma, e não depois, quando já iniciada a fase instrutória. Os tribunais, por sua vez, devem se abster de apreciar essa questão de ofício, mormente quando o feito já recebeu sentença em primeiro grau de jurisdição.

Não tendo havido tempestiva provocação de incompetência, nem tendo o juízo de primeiro grau declarado sua incompetência de ofício por ocasião do despacho saneador, não deve ser conhecida e nem admitida qualquer alegação de nulidade processual com fulcro na incompetência do juízo. Esta conclusão tem sua fonte normativa no art. 37, caput, e art. 5.º, LXXVIII, ambos da Constituição Federal, de modo que, nada sendo alegado pela parte interessada na primeira oportunidade em que tiver para falar nos autos, fica vedado ao juiz reconhecer sua incompetência absoluta, sendo inconstitucional a aplicação do artigo 113 do CPC a esses casos por ofensa ao princípio da eficiência, em seus quatro aspectos.

A distribuição de competências em razão da matéria ou da pessoa entre a Justiça Federal e a Justiça Estadual, embora tenha previsão constitucional, não pode ser defendida a qualquer custo, ou ao custo extremo que a sua inobservância acarreta, segundo

²⁸¹ Se o fizer em exceção de incompetência não há prejuízo e a alegação merecerá conhecimento do juízo.

o regime legal da competência absoluta, pela aplicação indiscriminada dos artigos 111, 113 e 485, II, do CPC.

Isso por duas razões: primeiro porque a Constituição não se interpreta por tiras, olhando isolada e cegamente uma parte dos seus dispositivos. Quem vê a distribuição de competências entre Justiça Estadual e Justiça Federal não pode olvidar o princípio da eficiência, nem o direito fundamental à razoável duração entre os processos. Segundo porque a configuração do regime de competência entre absoluta e relativa está no plano meramente legal, podendo ser obtemperado pela nítida vontade constitucional de se dotar de eficiência o sistema processual, mormente quando não há nenhum outro valor de ordem superior ou igual estatura que justifique deliberado sacrifício a tais normas constitucionais.

Constata-se, na verdade, precisamente o contrário: um interesse público superior às razões que justificam a estatuição das regras de competência. Tal interesse, consistente na rápida solução do litígio, tem projeção normativa no princípio constitucional da eficiência, sobrepondo-se ao interesse de obediência das regras de competência no processo, autorizando afastar o regime legal da competência absoluta.

2.3 A divisão da competência por critérios *ex ratione materiae* e *ex ratione personae* dentro de um mesmo ramo do Poder Judiciário

Se o raciocínio acima (subitem 2.2) foi desenvolvido tendo em conta a divisão da competência em nível constitucional, entre dois diversos ramos do Poder Judiciário (“Justiça Estadual” e “Justiça Federal”), valem as mesmas considerações para as divisões *internas* de competência dentro de um desses ramos do Poder Judiciário.

A criação de juízos especializados (“varas especializadas”) por atos administrativos dos tribunais, ou pelas leis de organização judiciária, tanto por critério de competência material (ex: vara da família, ou vara especializada em relações de consumo) ou em razão da pessoa (ex: vara da Fazenda Pública) está ligada à racionalização dos

serviços judiciários, de modo a que as demandas, conforme a natureza do litígio, sejam preferencialmente julgadas por órgãos especializados.

Segundo Vicente Grecco Filho,

“A exigência dessa distribuição decorre da evidente impossibilidade de um juiz único decidir toda a massa de lides existente no universo e, também, da necessidade de que as lides sejam decididas pelo órgão jurisdicional adequado, mais apto a melhor resolvê-las.”²⁸²,

A especialização, dividindo a competência em razão da matéria, produz, sem sombra de dúvida, genericamente, maior eficiência e produtividade. Vale para qualquer serviço humano (médico, engenheiro, eletricitista, operador de máquina, agricultor, etc.) a idéia de que uma pessoa mais especializada na sua prática pode realizá-lo com maior rapidez, maior qualidade e maior produtividade. Todavia, o reconhecimento tardio da incompetência absoluta tem produzido efeitos nefastos na entrega da prestação jurisdicional em tempo razoável, contrariando os benefícios que a especialização proporciona em termos de otimização desta atividade. Essa demora, de fato, contraria visceralmente o interesse público, afrontando a “*ordem pública*” que a princípio justificaria o próprio conhecimento *ex-officio* da incompetência absoluta.

Em que pese a indiscrepância da doutrina e da jurisprudência quanto à vinculação desses critérios material e pessoal de competência com o regime jurídico da incompetência absoluta, implicando todas as conseqüências daí advindas, deve-se flexibilizar a aplicação dos arts. 111, 113 e 485, II, do CPC, de modo a que as partes só possam provocar e o juiz só possa reconhecer sua incompetência de ofício até a decisão de

²⁸² GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro, 1º volume*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. No mesmo sentido: “Para fazer essa distribuição, procede o legislador, certamente apoiado na experiência secular de que o informa a doutrina, mediante três operações lógicas: a) constituição diferenciada de órgãos judiciários; b) elaboração de massa de causas em grupos (levando em conta certas características da própria causa e do processo mediante o qual é ela apreciada pelo órgão judiciário); c) atribuição de cada um dos diversos grupos de causas ao órgão mais idôneo para conhecer destas, segundo uma política legislativa que leve em conta aqueles caracteres e os caracteres do próprio órgão.” [CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini, e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996]; “Hoje, com a criação de órgãos especializados, os processos caminham com maior celeridade, justamente porque se concedeu aos Juízes o conhecimento específico e aprofundado de

saneamento, só pena de não mais poderem fazê-lo (*preclusão para as partes e preclusão pro judicato*).

As normas que disciplinam a competência absoluta do órgão judiciário podem ser flexibilizadas em prol do direito fundamental de celeridade, se forem violados critérios de competência instituídos justamente para imprimir eficiência na prestação jurisdicional. Ou então nos casos em que a violação da norma de competência não agredirá valor superior ao da eficiência, uma vez que, havendo valor superior de estatura constitucional em jogo, a norma instituidora da competência deverá ser respeitada *a todo custo*, com a nulidade das decisões decretada.

Não importa tanto se as normas instituidoras da competência estão positivadas no texto da Constituição (p. ex., CF/art. 109, competência da Justiça Federal; CF/art. 114: competência da Justiça do Trabalho) ou da legislação infraconstitucional, como ocorre com a divisão de varas em função da matéria pelas leis de organização judiciária (como as varas especializadas da infância e juventude, de falências e recuperações, etc.). Importa mesmo é não perder de mira que as normas que distribuem a competência, independentemente do texto legislativo em que estejam positivadas, muitas vezes foram concebidas para a mera racionalização dos serviços judiciários, procurando imprimir-lhes eficiência. Ora, constitui grave equívoco atribuir à violação dessas normas um efeito que é precisamente o inverso daquele almejado com a sua criação, vale dizer, profunda ineficiência decorrente do decreto de nulidade sobre todos os atos decisórios.

2.4 A divisão constitucional da competência entre a Justiça Comum e a Justiça do Trabalho: inobservância do regramento em cotejo com o princípio da eficiência

A instituição da Justiça do Trabalho também tem um viés histórico. Anota a doutrina que ela foi prevista na Constituição de 1934, mas só fora instalada em 1941, como órgão do Poder Executivo, ligado ao Ministério do Trabalho. Sua criação se deu no auge do Estado Novo, quando se vivia a ditadura de Getúlio Vargas, um governo claramente

determinadas matérias” [AMORIM, José Roberto Neves. *Fundamentos Atuais do Processo Civil*, vol. 1. Barueri: Editora Manole, 2004; p. 103.]

populista e centralizador. Esta a conjuntura história que explica a criação da Justiça do Trabalho, como anseio para o atendimento dos interesses da classe trabalhadora da nação, mas a sua vinculação ao Poder Executivo, para que as suas rédeas fundamentais fossem mantidas sob as mãos do Presidente da República²⁸³. A emancipação da Justiça do Trabalho só veio com a Constituição democrática de 1946, tornando-se órgão do Poder Judiciário.

Vejamos qual o valor que se atende, atualmente, com a instituição autônoma deste ramo do Poder Judiciário, desnudando o “interesse público” da especialização.

Tanto a Justiça Comum como a Justiça do Trabalho julgam causas predominantemente de cunho patrimonial e disponível. A especialização desta última está ligada a um propósito de racionalização dos serviços judiciários, com base na idéia de que esta técnica produz maior celeridade e qualidade na prestação jurisdicional. O juiz mais especializado em todas as vicissitudes de uma relação jurídica de direito material, que deve ser processada segundo um procedimento próprio, estará mais apto ao julgamento da causa com maior celeridade e dentro de uma uniformidade jurisprudencial, garantindo maior qualidade (=aproximação com a jurisprudência dominante) da decisão judicial.

²⁸³ “A partir de 1930, o Estado, comandado por Getúlio Vargas, interveio de forma incisiva na questão social. Centralizando a condução de sua política modernizante da economia nacional em torno do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (criado em 1930), Vargas deu os primeiros passos decisivos para a construção de uma legislação social trabalhista e de uma instância do poder público própria à solução dos conflitos entre patrões e empregados. Nesse período, que vai de 1930 a 1943, foi elaborada toda a estrutura da Justiça do Trabalho e da legislação do trabalho. Tal estrutura foi articulada pela intervenção em vários setores-chave do problema social, consolidada por um forte apelo nacionalista imbuído de espírito corporativo. (...)Visando a funcionalidade da legislação, foram criadas, em 1932, as Comissões Mistas de Conciliação (Decreto 21.369) e as Juntas de Conciliação e Julgamento (Decreto 22.132), as primeiras funcionando como órgãos conciliadores em ações coletivas trabalhistas, e as segundas para as causas individuais “que não afetem as coletividades a que pertencerem os litigantes”, como reza o texto legal. Ambas eram vinculadas ao Poder Executivo e controladas pelo Ministério do Trabalho e, pelo seu regulamento, só poderiam ser acessadas pelos trabalhadores sindicalizados. Funcionavam como instâncias conciliatórias e paritárias, ou seja, havia a representação classista na figura dos vogais que representavam empregadores e empregados, indicados pelos sindicatos, sendo presididas por um membro escolhido pelo Presidente da República, não necessariamente um bacharel em Direito. Frustrada a conciliação, seguia-se o julgamento das causas, cujas condenações deveriam ser pleiteadas perante a Justiça Comum, além de estarem sujeitas ao crivo do Ministério do Trabalho, que podia modificá-las ou mesmo cassá-las. A essas regulamentações seguiram-se outras da mesma natureza, normatizando os órgãos consultivos do Ministério do Trabalho, como o Conselho Nacional do Trabalho e o Departamento Nacional do Trabalho, e versando sobre matéria previdenciária. A Justiça do Trabalho propriamente dita já estava prevista nas Constituições de 1934 (artigo 122) e de 1937 (artigo 139), mas só foi criada em 1939 (Decreto 1.237), sendo regulamentada em 1940 (Decreto 6.596) e instalada em 1941.” (Texto disponível em <http://www.mg.trt.gov.br/escola/memoria/historico.htm>, sitio oficial da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 3.ª Região na Internet, acesso em 23 de novembro de 2009).

Ficaria difícil a um único e mesmo juiz julgar todas as causas da Justiça Comum, em que quase toda a legislação federal pode dar amparo a um leque infinito de possibilidades de litígio, e ainda assim estar apto ao julgamento das reclamações trabalhistas, que compõem um mundo próprio e paralelo no sistema jurídico, uma que cada categoria profissional está submersa numa emaranhada teia normativa, cheia de detalhes e vicissitudes próprias, dado o excesso de leis, regulamentos internos de cada empresa, convenções coletivas de trabalhos e normas do Ministério do Trabalho atinentes e cada categoria profissional e econômica. Tanto é que há advogados especializados em causas trabalhistas de uma só categoria profissional (ex: bancários), sem condições de representarem a parte proficuamente quando pertencer a outra (ex: costureiras). Nesse quadro, é mesmo de todo conveniente que haja a separação temática entre órgãos da Justiça Comum e órgãos da Justiça do Trabalho, como um imperativo de eficiência no desenvolvimento de conclusão do trabalho jurisdicional.

Numa perspectiva teleológica, portanto, a aplicação indiscriminada dos artigos 113 e o art. 485, II, ambos do CPC (este último na parte em que permite ação rescisória contra decisão proferida por juiz absolutamente incompetente) contradizem a própria idéia subjacente ao Legislador Constituinte quando criou a Justiça Especializada do Trabalho. Ela está prioritariamente vocacionada ao julgamento de causas de fundo patrimonial e disponível, sendo especializada apenas pela complexidade e imensa quantidade de minúcias presentes na relação jurídica de direito material entre empregador e empregado.

A solução criada pela lei impinge ao processo um vício de ineficácia (*rectius: nulidade*) incompatível com a idéia de racionalização e produtividade, conflitando com a própria razão de ser das regras de competência, que a isso almejaram. Desta feita, tais dispositivos legais violam o artigo 37, caput, da Constituição Federal, porque o princípio constitucional da eficiência se aplica a qualquer dos poderes da Administração Pública, inclusive ao processo, que é o instrumento de que se vale o Poder Judiciário para o exercício da jurisdição.

Se o Estado assumiu para si o monopólio da atividade de distribuir justiça ao caso concreto, deve exercer tal atividade do modo mais eficiente possível, não se concebendo que a legislação ordinária sirva de obstáculo injustificável e ilegítimo a esse intento. E mais, o trespasse desorientado e inoportuno de autos que a declaração de incompetência absoluta *ex officio* gera, com graves prejuízos a todo o trabalho se o processo já estiver em estágio avançado de desenvolvimento, agride o direito subjetivo das partes litigante, mormente o autor, de terem assegurada a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, nos exatos termos preconizados pelo artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição do Brasil.

Imagine-se que um empregado deduzisse reclamação trabalhista perante a Justiça Comum Estadual, e que o empregador não tenha tido a vontade de espontaneamente provocar a incompetência do Juízo, talvez por acreditar que neste o resultado lhe seria mais favorável, e que o juiz responsável pelo caso, não se apercebendo do equívoco, tenha instruído e julgado o litígio. Se a decisão for de procedência da ação, o empregado não terá sofrido qualquer prejuízo e seria injusto dar ao empregador o poder de invalidar a decisão apenas porque não alegou o vício da incompetência no curso do processo, protelando o feito e obtendo a chance de uma vitória na Justiça do Trabalho. Por outro lado, se a decisão for de improcedência, também seria injusto que o empregado, que moveu a ação em ramo errado do Poder Judiciário, pudesse se fazer de desentendido, fingindo ignorar a sua opção e a sua derrota para tentar fazer com que a mesma causa apreciada novamente por juiz diverso. Decerto que isso estimularia uma litigância de má-fé: tenta-se a sorte no Juiz Estadual e, se não der certo, parte-se com a mesma causa para a Justiça do Trabalho.

Igual raciocínio serve para o juiz, que deveria ter reconhecido a sua competência em momento anterior do processo e não o fez. Não pode ele, com a causa em estágio avançado, livrar-se do processo com um declínio inusitado de competência. Se não cumpriu o seu dever de reconhecer a sua incompetência até a decisão de saneamento, que cumpra o seu dever de processar e julgar a causa o mais rápido possível, entregando pronunciamento jurisdicional que resolva o litígio no mérito

Desse modo, a solução mais conforme ao texto constitucional é que as partes só podem alegar o vício de incompetência absoluta do juízo até a decisão de saneamento, ou a primeira audiência²⁸⁴, sob pena de preclusão, assim como o juiz só pode reconhecer de ofício a sua incompetência absoluta se o fizer até o mesmo momento, após o que ocorrerá preclusão *pro judicato*. Permite-se assim que o processo siga a sua marcha sem percalços indevidos, com segurança, até decisão final. Porquanto arrimada m princípio expresso da Constituição e no principal valor que motivou a Emenda Constitucional n.º 45/2004, a solução alvitrada não é de *lege ferenda* e independe de qualquer alteração legislativa; basta aos juizes e Tribunais fazerem cumprir a força normativa da Constituição para que ela passe a ser aplicada.

Poder-se-ia dizer, em sentido contrário, que a instituição da Justiça do Trabalho, com uma estrutura própria, serve para atender às peculiaridades da relação de emprego, tanto em nível microscópico (um causa singular) como em nível macroscópico (a organização do trabalho na sociedade), regendo-se por uma principiologia toda própria no âmbito do direito material, de modo que ofenderia a vontade constitucional de modo irreparável o julgamento de uma causa pela Justiça Comum quando fosse da Justiça do Trabalho e vice-versa.

Este argumento não procede. Primeiro, quanto ao fato de haver uma principiologia própria no âmbito do direito material, não deve impressionar, uma vez que o Juiz de Direito e o Juiz Federal lidam com isso a todo o tempo, mormente quando estão em vara única. Às vezes estão julgando causa afeta ao Direito do Consumidor, às vezes ao Direito de Família, às vezes ao Direito Tributário, sendo todas elas regidas por princípios bastante próprios e decididas no âmbito da Justiça Comum.

Segundo que, quanto à estrutura da Justiça do Trabalho, ela também sofreu evolução com o tempo. Até o ano de 1999, os órgãos judiciais de primeiro grau eram colegiados, denominados Juntas de Conciliação e Julgamento, sendo presididas por um juiz togado e outros dois leigos, dos quais um representante da classe dos empregados e outro

²⁸⁴ No processo do trabalho marca-se logo uma primeira audiência, que será apenas de conciliação, ou uma

representante da classe patronal. Quer dizer, essa estrutura poderia justificar uma influência da sociedade nos rumos tomados pela judicatura trabalhista, dando-lhe um enfoque peculiar na apreciação das controvérsias, tanto para o caso em particular como para os casos em geral, em que preponderassem aspectos exógenos do sistema jurídico, mas a Emenda Constitucional n.º 24/1999 extinguiu a participação classista temporária²⁸⁵. A análise de primeiro grau da Justiça Trabalhista, tanto dos fatos como do Direito, é eminentemente técnica.

É claro que o julgamento de todas as causas da Justiça Comum pela Justiça do Trabalho, ou o reverso, afetaria significativamente a organização do trabalho na sociedade e dependeria de alteração constitucional. O que estamos analisando, todavia, é como tratar a patologia de uma ou outra causa que, por ausência de pronto apontamento das partes e de invocação do juízo, tenha tramitado inadvertidamente no ramo indevido do Poder Judiciário. A solução proposta tem alcance nitidamente microscópico, focado no caso concreto, tendo por objetivo não sufocar um mínimo de eficiência que se pode legitimamente esperar na prestação da tutela jurisdicional.

Saliente-se, outrossim, que não há tanta rigidez no comando constitucional de repartição de competências, uma vez que a própria Constituição permite que a Justiça Estadual receba delegação legal para julgamento de causas da Justiça do Trabalho, em primeiro grau, em comarcas não abrangidas pela jurisdição desta última (CF, art. 112). Quer dizer, a questão territorial acaba tratada como um critério mais relevante do que a própria especialização material, de modo que, dada a possibilidade de haver prejuízo à parte e ao andamento do processo pela distância entre a relação de trabalho e uma Vara do Trabalho, permite-se que a causa seja processada e julgada, em primeiro grau de jurisdição, em um órgão da Justiça Comum Estadual.

(conciliação, instrução e julgamento).

²⁸⁵ “Observe-se que a EC n.º 24, de 9 de dezembro de 1999, extinguiu a participação classista temporária de representantes de empregados e empregadores na Justiça trabalhista, transformando seu órgão de primeira instância em monocrático, qual seja, os juízes do trabalho, em substituição às juntas de conciliação e julgamento, antigos órgãos colegiados.” (MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18.ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005; p. 521)

2.5 A flexibilização da competência absoluta promove a eficiência pela estabilidade das decisões jurisdicionais

A solução alvitrada contribui não só para o autor ou para o bom desempenho da Justiça, mas também para os direitos do réu, uma vez que nada impede, teoricamente, que o autor, vendo-se vencido nas instâncias ordinárias de uma causa, pleiteie ele mesmo a nulidade de todos os atos decisórios de um processo, alegando que, por um lapso, moveu a ação em autoridade absolutamente incompetente, mas que o vício de incompetência fere a “ordem pública” e deve ser sanado com a remessa dos autos ao outro juízo (o competente), com que teria uma nova chance de êxito na causa.

O princípio da eficiência merece prestígio no âmbito do direito processual também sob o aspecto da segurança jurídica, não se podendo admitir que o resultado da prestação jurisdicional possa a todo e qualquer momento restar nulificado por uma discussão atual ou futura sobre a competência do juízo. Se pudermos admitir que a qualquer momento, anos após a propositura da ação, como tem acontecido em múltiplos casos, a validade do processo fique sujeita a entendimentos pretorianos diversos quanto à competência da causa, teremos de nos resignar com o desprestígio e o descrédito de *eficiência* que o cidadão comum atribui à prestação do serviço judiciário.

O afastamento das regras legais decorre da sua adequação ao valor de eficiência da Constituição. É a submissão do sistema processual legal à axiologia constitucional. O afastamento de regras legais em prol do princípio da eficiência é atividade rotineira em tema de controle de constitucionalidade, que pode ser feita pelo juízo de primeiro grau em caráter difuso. A operação mental subjacente consiste em reconhecer que a aplicação da regra processual poderá violar valor superior albergado pela Constituição, de modo que se afasta o comando da regra e se aplica o princípio constitucional que tutela referido valor sobressaliente no sistema jurídico²⁸⁶.

²⁸⁶ Ricardo Marcondes Martins enfatiza que nem sempre uma regra exige cumprimento pleno, quando, num caso concreto, colidir com princípio jurídico cujo valor tutelado seja superior ao da regra: “Toda regra jurídica é a concretização de um princípio jurídico. Ela é posta visando a concretizar um valor, que, por sua vez, está positivado num princípio expresso ou implícito. Essa assertiva é fundamental para compreensão do sistema jurídico: se uma regra sempre é a concretização de um valor, um conflito entre regras é, quase sempre, um

2.6 Precedente jurisprudencial em favor da flexibilização do regime jurídico da competência absoluta

Embora contrarie dogma doutrinário arraigado, a proposta de flexibilização do regime jurídico da competência absoluta não deve causar espanto; primeiro porque assenta em normas constitucionais que, no caso concreto, mostram-se superiores às que determinaram a criação das regras de competência; segundo porque o próprio Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de proceder deste modo, flexibilizando os efeitos do regime jurídico pertinente à competência absoluta, quando seu plenário decidiu o conflito de competência (CC) n.º 7.284-1, Rel. Min. Carlos Britto, publicado no DJ 09.12.2005.

Neste caso, embora reconhecendo que a competência para julgar ação de indenização por danos morais movida por empregado em face de ex-empregador seria da Justiça do Trabalho desde sempre, mesmo antes de alterado o art. 114 da Constituição pela emenda n.º 45/2004, o STF reconheceu que parte significativa da jurisprudência nacional orientava-se por reconhecer a competência da Justiça comum para tais causas; atenta a isto, bem como aos efeitos perversos que decorreriam da nulidade irrestrita de todos os processos em andamento, a Corte fixou um marco temporal para aplicação desse seu entendimento, permitindo que os processos que já estavam na Justiça Comum com sentença de mérito nela permanecessem, devendo ser remetidos à Justiça do Trabalho apenas as causas sem decisão de mérito em primeiro grau de jurisdição.

O principal fundamento para não aplicar os efeitos da incompetência absoluta foi o da segurança jurídica, ao qual se poderiam agregar os princípios da efetividade das decisões, da celeridade (direito à razoável duração do processo) e da economia processual. Reunindo num só esses quatro vetores normativos, *temos a consagração prática do princípio constitucional da eficiência no processo civil.*

conflito entre princípios. E, sendo assim, nem sempre a regra exige um cumprimento pleno, pois, efetuando a ponderação entre os princípios colidentes, a regra concretizadora do princípio menos pesado no caso concreto pode ser parcial ou totalmente afastada pela regra concretizadora do princípio mais pesado, ou simplesmente afastada por este.” MARTINS, Ricardo Marcondes. Efeitos dos vícios do ato administrativo. São Paulo: Malheiros, 2008; p. 30/31

A importância do julgado para a sustentação da tese ora defendida justifica a integral transcrição da sua ementa, verbis:

“CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA JUDICANTE EM RAZÃO DA MATÉRIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO, PROPOSTA PELO EMPREGADO EM FACE DE SEU (EX-) EMPREGADOR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ART. 114 DA CARTA MAGNA. REDAÇÃO ANTERIOR E POSTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/04. EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PROCESSOS EM CURSO NA JUSTIÇA COMUM DOS ESTADOS. IMPERATIVO DE POLÍTICA JUDICIÁRIA.

1. Numa primeira interpretação do inciso I do art. 109 da Carta de Outubro, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, ainda que movidas pelo empregado contra seu (ex-) empregador, eram da competência da Justiça comum dos Estados-Membros.

2. Revisando a matéria, porém, o Plenário concluiu que a Lei Republicana de 1988 conferiu tal competência à Justiça do Trabalho. Seja porque o art. 114, já em sua redação originária, assim deixava transparecer, seja porque aquela primeira interpretação do mencionado inciso I do art. 109 estava, em boa verdade, influenciada pela jurisprudência que se firmou na Corte sob a égide das Constituições anteriores.

3. Nada obstante, como imperativo de política judiciária – haja vista o significativo número de ações que já tramitaram e ainda tramitam nas instâncias ordinárias, bem como o relevante interesse social em causa –, o Plenário decidiu, por maioria, que o marco temporal da competência da Justiça trabalhista é o advento da EC 45/04. Emenda que explicitou a competência da Justiça laboral na matéria em apreço.

4. A nova orientação alcança os processos em trâmite pela Justiça comum estadual, desde que pendentes de julgamento de mérito. É dizer: as ações que tramitam perante a Justiça comum dos Estados, com sentença de mérito anterior à promulgação da EC 45/04, já continuam até o trânsito em julgado e correspondente execução. Quanto àquelas cujo mérito ainda não foi apreciado, hão de ser remetidas à Justiça do Trabalho, no estado em que se encontram, com total aproveitamento dos atos praticados até então. A medida se impõe, em razão das características que distinguem a Justiça comum estadual e a Justiça do Trabalho, cujos sistemas recursais, órgãos e instâncias não guardam exata correlação.

5. O Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidoras de competência *ex ratione materiae*. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto.

6. Aplicação do precedente consubstanciado no julgamento do Inquérito 687, sessão Plenária de 25.08.99, ocasião em que foi cancelada a Súmula 394 do STF, por incompatível com a Constituição de 1988, ressalvadas as decisões proferidas na vigência do verbete.”

Veja-se que a decisão fala em “*imperativo de política judiciária*” (item 3) como fundamento para flexibilizar o regime legal da competência absoluta, considerando o “*significativo número de ações que já tramitaram e ainda tramitam nas instâncias ordinárias, bem como o relevante interesse social em causa*”.

Este imperativo de política judiciária nada mais é do que a *eficiência na prestação jurisdicional*, pela preservação dos processos já julgados; não era preciso invocar um imperativo de política judiciária, uma vez que o princípio da eficiência, a par de sua explicitude no art. 37 do texto constitucional, nele encontra projeção implícita em diversas passagens. O “significativo número de processos que já tramitaram e ainda tramitam” é uma realidade que se repete com qualquer questão polêmica sobre a distribuição de competência entre os ramos do Poder Judiciário, cuja disciplina normativa, por residir na Constituição, acaba tendo no STF a sua decisão final. Por fim, “relevante interesse social” não há só nessa causa, mas sempre haverá na preservação de milhões de processos já julgados, com muito tempo e esforço despendidos para uma solução de mérito para um litígio.

No item 5 da ementa, há expressa menção à segurança jurídica como fundamento hábil à concessão de eficácia prospectiva às decisões do STF que procedam a revisões da jurisprudência sobre competência *ex ratione materiae*. Se a Corte vai alterar o seu entendimento sobre um tema relativo à competência (comportamento que por si só já não convém à eficiência – vide cap. III), o mínimo que pode fazer é manter para os casos passados o entendimento jurisprudencial anteriormente consolidado. O princípio da eficiência, pela necessidade da estabilidade das decisões, reclama a irretroatividade de entendimento jurisprudencial inovador.

2.7 O sistema italiano mais conforme ao princípio da eficiência

Oportuno registrar, outrossim, que a Itália alterou o tratamento que dava ao regime jurídico da competência justamente para evitar nulidades excessivas, desnecessárias

e desproporcionais ao prejuízo verificado, se é que se possa, em muitos casos, cogitar de prejuízo²⁸⁷.

Andrea Proto Pisani explica que, até 1990, havia três hipóteses para o regime de reconhecimento de competências: a) incompetência pela matéria e pelo território inderrogáveis (apenas em alguns casos quanto a este último critério), que poderiam ser conhecidas de ofício pelo juiz *em qualquer momento e qualquer fase ou grau do processo*; b) a incompetência pelo valor, reconhecível de ofício em qualquer momento do processo, mas apenas em primeiro grau de jurisdição; c) incompetência pelo território de caráter derogável, cujo reconhecimento pelo juiz poderia ocorrer apenas em caso de exceção movida pela parte. Naquele ano, contudo, houve uma reforma no art. 38 do Código de Processo Civil italiano, mudando radicalmente o regime de reconhecimento da competência, que agora contempla apenas duas hipóteses, a saber: a) incompetência pela matéria, pelo valor ou pelo território de caráter inderrogável (apenas em alguns casos quanto a este último critério), reconhecível inclusive *ex officio* pelo magistrado, mas apenas até a primeira audiência *di trattazione*, que em nosso sistema corresponde, a grosso modo, à audiência em que o juiz profere decisão de saneamento²⁸⁸.

Todavia, na Itália existem casos de diversidade de jurisdição que não admitem qualquer convalidação ou prorrogação. Satta explica que a questão de jurisdição do juízo ocorre em três hipóteses: a) a jurisdição do juízo italiano frente ao juízo estrangeiro; b) a jurisdição ordinária frente à jurisdição especial, salientando-se que no sistema italiano existe uma justiça administrativa, encarregada da resolução de litígios entre os cidadãos e a administração pública, bem como se considera que as pessoas não tem

²⁸⁷ Salvatore Satta já apontava que essa seria a tendência da reforma legislativa: “La tendenza del nuovo codice a semplificare e ridurre al minimo le questioni di carattere formale Che si appongono allo svolgimento del processo e alla definizione del merito della causa trova la sua più spicatta espressione negli istituti del regolamento di giurisdizione e, specialmente, del regolamento di competenza.” SATTA, Salvatore. *Diritto Processuale Civile*. 9ª ed. Padova: Cedam, 1981; p. 54.

²⁸⁸ PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. 3ª ed. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene. Napoli, 1999; p. 292/294. Sobre a audiência di trattazione, Pisani explica que: “In estrema sintesi, la prima udienza dovrebbe avere la funzione di consentire la fissazione tendenzialmente definitiva del thema decidendum (domande ed eccezioni) e del thema probandum (fatti controversi o comunque bisognosi di prova).” Idem, p. 100/101.

direito subjetivo frente à administração, mas sim interesses legítimos²⁸⁹; c) jurisdição ordinária frente à administração pública, hipótese que ocorre quando a administração pública sustenta que o objeto do processo posto pelo autor trata de matéria reservada exclusivamente ao poder discricionário da autoridade administrativa.

Transplantando isso para o Brasil, no primeiro caso temos o que tratamos de competência internacional, que é saber se o juiz brasileiro é competente para o conhecimento da causa frente ao juiz estrangeiro. Na realidade, o problema aqui não é bem de competência, mas sim de jurisdição mesmo, ou de seus limites, frente à soberania de cada Estado. Cada ordenamento jurídico interno dispõe de uma forma. No segundo caso, não temos essa jurisdição especial administrativa; causas envolvendo atos da administração pública submetem-se à Justiça comum, mesmo porque, ao contrário da Itália, nós consideramos que existem sim direitos subjetivos dos administrados em face da administração e não apenas “legítimos interesses”. Quanto ao terceiro caso, no Brasil isso não existe, porque todos os atos administrativos estão sujeitos ao crivo judicial em virtude do princípio da inafastabilidade da jurisdição, ainda que o juiz possa considerar, tal como lá, que o mérito do ato administrativo é insindicável, dispondo sobre matéria reservada exclusivamente ao poder discricionário da autoridade administrativa.

Quer dizer, a primeira hipótese diz respeito à jurisdição da autoridade judiciária brasileira. As outras duas não se enquadram no sistema brasileiro e dizem respeito à diversidade de jurisdições. Quanto à competência interna, cumpre realçar, se o vício de incompetência não for alegado até a audiência *di trattazione*, sob pena de preclusão.

Na Alemanha também ocorre o fenômeno de prorrogação de competência se houver vontade das partes, pactuada anteriormente, ou se o réu não alegar a incompetência quando da apresentação da sua defesa. A prorrogação não será admissível, todavia, se

²⁸⁹ “La giurisdizione civile, in quanto tutela giurisdizionale dei diritti, si contrappone: (...) b) alla giurisdizione amministrativa, che è tutela di interessi legittimi (subiettivi) del cittadino di fronte alla pubblica amministrazione. Questi interessi non sono per definizione diritti: ma sono tuttavia situazioni giuridiche soggettive risultante, di riflesso, dalla posizione di norme che regolano, nell’interesse generale, lo svolgimento dell’attività della pubblica amministrazione.” Idem, p. 12.

envolver ações de objeto não patrimonial ou se a demanda estiver afeta a um foro especial. (§§ 38/40 do ZPO).

2.8 A inexistência de lesão ao direito fundamental ao juiz natural

Importante abrir um item apenas para reforçar a inexistência de lesão ao juiz natural. Esta garantia, inerente ao devido processo legal, deflui do texto expresso do art. 5.º da Constituição, inciso XXXVII, segundo o qual “Não haverá juízo ou tribunal de exceção”, e inciso LIII: “Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”

O sistema deve disciplinar qual seja o órgão jurisdicional competente para a apreciação de uma determinada controvérsia. Sem uma legítima razão justificadora, a autoridade judiciária que ocupe este órgão não deve ser despojada do julgamento dos processos que lhe forem afetos, segundo tal regramento. A importância desta garantia, contudo, não é que todas as causas sejam julgadas pelo juiz competente segundo as regras de distribuição de competência, mas sim que não haja quebra da imparcialidade do julgador. Esse é o valor que está por traz dessas normas, ou o seu fundamento teleológico.

Quer-se impedir que haja uma designação específica de juiz ou tribunal para um ou mais casos *concretos*, *ex post facto* (isto é, designação para o julgamento de um fato já ocorrido), e ainda assim com motivação espúria, ou para prevalecer indevidamente uma das partes, ou para fazer prevalecer uma decisão pré-concebida, alinhada a motivação políticas, econômicas, sociológicas, religiosas, etc. Quer dizer, não haveria um julgamento, mas uma verdadeira fraude, porque a indicação do juiz não natural para a causa teria o objetivo de fazer com que a decisão fosse gestada antes do início do processo²⁹⁰.

²⁹⁰ “**Juiz natural e imparcialidade.** Já se pode perceber que a garantia do juiz natural mantém um liame estreito com a necessidade de imparcialidade do juiz. Na verdade, a salvaguarda da imparcialidade constitui a razão justificativa de uma série de institutos, entre os quais desponta a garantia do juiz natural. Em outras palavras, o juiz natural decorre da imparcialidade; esta é a razão de ser do juiz natural. O direito à tutela jurisdicional exige a imparcialidade do juiz que há de conhecer e satisfazer a pretensão. Não existe justiça sem independência e imparcialidade do juiz. A exigência de imparcialidade do juiz impõe que o processo seja apreciado por magistrado investido de autoridade jurisdicional, devendo resolver o conflito submetido ao seu crivo sem quaisquer pressões ou influências, sujeitando-se apenas à lei, ou melhor, ao ordenamento jurídico,

Desde que não ocorra a quebra da imparcialidade, não se pode presumir o prejuízo de qualquer das partes pelo fato de o processo ter tramitado perante juízo absolutamente incompetente quanto à violação da garantia do juiz natural, assim como ela não resta violado quando um juiz substituto é designado para atuar nos feitos do juiz titular durante sua ausência, quando um juiz é designado para atuar em processo no qual seu colega se dera por impedido ou suspeito, ou quando se faz um mutirão judiciário para desafogar o número de processos de determinada vara ou câmara nos tribunais.

Por isso, assim como a garantia do juiz natural não obsta as modificações de competência relativa, ele não pode ser invocado para obstar a validação de causa processada perante juízo absolutamente incompetente²⁹¹.

Deve-se considerar, outrossim, que essa validação só foi admitida com a condição de que não tenha havido objeção das partes ou invocação de ofício pelo juiz até o saneamento do feito; quer dizer, se a parte, principalmente o réu, quiser fazer prevalecer o juiz competente, apresentando objeção até o saneamento do feito, é seu direito que a mesma seja conhecida e julgada, com a declaração de nulidade dos atos decisórios, ressalvada a possibilidade de ratificação pelo juízo competente, como veremos à frente.

composto que é por regras e princípios. Faltando a imparcialidade, está-se diante de uma nulidade, por falta de um pressuposto processual de validade.” (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Jurisdição e Competência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008; pp.73-74). No mesmo sentido: “De tudo isso deriva que a idéia do juiz natural encontra-se estritamente ligada à idéia e à existência do Estado Democrático de Direito, servindo contra eventual autoritarismo que pretenda se justificar por meio do Judiciário. O princípio do juiz natural elimina o seguinte abuso: que a escolha do ente julgador, pessoa ou órgão, bem como a decisão que esse venha a tomar, não se dê de acordo com o sistema constitucional, mas sim de acordo com a conveniência do detentor do poder.” (CONEGLIAN, Olivar Augusto Roberti. *Princípio do Juiz Natural*, In Princípios processuais civis na Constituição. Olavo de Oliveira Neto e Maria Elisabeth de Castro Lopes, org. São Paulo: Editora Elsevier, 2008; p. 159)

²⁹¹ Aparentemente em sentido contrário, Nelson Nery Júnior identifica a garantia do juiz natural no processo civil como pertinente apenas à hipóteses de incompetência absoluta, nas quais seria vedado à partes convencionar qual o juízo competente, assim como não seria possível a existência de uma alternativa para a fixação do juízo. (JÚNIOR, Nelson Nery. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004; p. 100) Discordamos deste entendimento, pois mesmo para os critérios de competência relativa, sempre haverá um e apenas um juiz natural, previamente fixado, ainda que essa fixação tenha ocorrido por livre acordo das partes. Tanto é que as partes podem discutir a competência relativa, inclusive eventual validade da cláusula de eleição de foro, requerendo o encaminhamento do feito ao juiz verdadeiramente competente, com a desconsideração do que fora avençado. Se a parte apresentar exceção de incompetência e tiver razão na sua postulação, o não acolhimento da exceção pelo Poder Judiciário estará lhe subtraindo a garantia do juiz natural, podendo isso ocorrer de forma dolosa, ou seja, para direcionar o julgamento da causa para juiz relativamente incompetente com objetivos inconfessáveis.

3 Limites à desconsideração das regras de competência absoluta.

É verdade que todos os critérios de competência vinculados ao regime da competência absoluta estão ligados ao interesse público, genericamente. Todavia, o que se propõe é averiguar qual o interesse *específico* ligado à existência do critério (ou seja, sua razão legislativa, seu valor intrínseco), refletindo se a submissão do mesmo ao regime jurídico da incompetência absoluta está mesmo amparada pela Constituição, pelo cotejo deste interesse específico em ponderação com o interesse constitucional da eficiência do processo, devido ao desgaste que a submissão ao regime da incompetência absoluta pode ocasionar à sua *celeridade*, às *efetividade* e *estabilidade* das decisões, bem como à duplicação de trabalho já realizado (*economia processual*).

Discorremos sobre situações em que as regras de competência servem apenas para mera racionalização dos serviços, ou seja, para dar eficiência ao Poder Judiciário na sua missão de prover tutela jurisdicional. A aplicação irrefletida do regime legal da competência absoluta (CPC, arts. 111, 113 e 485, II) se chocaria com o propósito do sistema de agir com eficiência, vulnerando, em incompressível autofagia, o próprio interesse público que justificou os diferentes critérios de distribuição de competência.

Todavia, quando houver outras razões de interesse público que determinem a existência de regras de competência absoluta, firmadas em valores dignos de tutela pelo sistema constitucional e que se sobreponham ao valor de eficiência na prestação jurisdicional, então não haverá espaço para flexibilização do regime legal da competência absoluta: a nulidade deverá ser decretada em qualquer fase do processo, ou mesmo por ação rescisória.

3.1 A competência em razão da hierarquia

Isto sucede em casos de competência originária (critério da hierarquia), quando a Constituição submete um caso diretamente ao exame de um tribunal, diante da repercussão jurídica, social, política ou econômica que a decisão pode gerar. A

responsabilidade para alguns julgamentos de maior vulto foi submetida a órgão judiciário superior pela importância da causa e seus reflexos e não pela mera racionalização dos serviços judiciários.

Não se concebe, desta feita, que o juiz de primeira instância possa julgar uma ação direta de inconstitucionalidade de lei federal, competência que fora atribuída diretamente ao Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, letra “a), com decisão dotada de efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes*. Seria também inadmissível que um Tribunal de Justiça julgasse uma ação rescisória de caso decidido no mérito pelo Superior Tribunal de Justiça, afrontando competência originária deste Tribunal Superior (CF, art. 105, I, letra “e”). No primeiro caso, a decisão traz efeitos que repercutem na ordem jurídica objetiva, de sorte que sua responsabilidade foi acometida à mais alta Corte Judiciária. No segundo caso, a flexibilização traria riscos à concepção de hierarquia judiciária, que, se não for respeitada, pode subverter todo o sistema, dando-se a órgão inferior o poder de descumprir decisão de órgão superior.

A flexibilização não pode ocorrer, desde modo, com o critério da competência em razão da hierarquia. Este é um primeiro e relevante limite.

3.2 A competência em razão da matéria: relação da Justiça Comum com as Justiças Especializadas

Mesmo com relação à competência em razão da matéria, às vezes a nulidade deverá ser irremediavelmente pronunciada. Seria o caso, por exemplo, de um juízo cível da Justiça comum estar julgando caso afeto à Justiça Eleitoral, ou vice-versa. A Justiça Eleitoral tem competência para lidar com questões que envolvem diretamente o regime democrático, a cidadania, o sistema político, a distribuição e outorga de poder. A matéria de fundo diz respeito a direitos e interesses manifestamente indisponíveis, cujo interesse ultrapassa o das partes litigantes para alcançar, ainda que indiretamente, o Estado e toda a sociedade brasileira. Simplesmente não é possível comparar esta situação com a de uma demanda de natureza patrimonial e de matéria trabalhista que tenha sido apreciada

equivocadamente pela Justiça comum ou vice-versa, isto é, uma demanda meramente patrimonial que refoge ao âmbito da relação de trabalho apreciada na Justiça especializada.

Assim, por exemplo, a cobrança judicial de honorários advocatícios passou a ser controvertida quanto à competência, se da Justiça do Trabalho ou da Justiça comum dos Estados. A matéria de fundo é eminentemente patrimonial e diz respeito apenas ao âmbito de interesse dos litigantes, de modo que a questão da competência se resolve num singelo tecnicismo e não há maiores conseqüências se essa demanda vier a ser julgada por uma ou outra das Justiças²⁹². Cabível a flexibilização proposta. Totalmente diversa seria a hipótese de um juiz cível estar apreciando uma ação de impugnação de mandado eletivo de candidato diplomado por abuso do poder econômico, porque seu resultado poderia retirar o mandato de quem recebeu a aprovação popular para o seu exercício.

Não há possibilidade de flexibilização da competência entre a Justiça Eleitoral e a Justiça Comum, salvo a possibilidade da fungibilidade processual e sem prejuízo do poder de ratificação, a serem vistos mais à frente.

Quanto à Justiça Comum e a Justiça Militar, esta tem competência para “processar e julgar os crimes militares definidos em lei” (CF, art. 124). Maiores considerações refogem ao âmbito deste trabalho, dedicado à pesquisa do princípio da eficiência no processo civil. Pode-se adiantar, contudo, que diante das peculiaridades inerentes à instituição castrense, que é dotada das armas e estruturada sob rígidos princípios de hierarquia e disciplina, não se poderá flexibilizar a competência, uma vez que a divisão de trabalho não atende apenas a um escopo de racionalização dos serviços judiciários para a sua prestação com eficiência, mas leva em consideração os delicados interesses, valores e a condição especial dos servidores militares que rondam as Forças Armadas. O princípio da eficiência pode ser sacrificado com base na especial aptidão da Justiça Militar para o julgamento dos crimes militares, assim definidos em lei.

²⁹² Apenas para registro, o Superior Tribunal de Justiça vem reconhecendo a competência da Justiça comum para o caso. Veja-se, entre outros, o CC 96630 / SP, Rel. Juiz Federal convocado Carlos Fernando Mathias, 2ª Seção, votação unânime, DJ de 18.09.2008.

Quanto à Justiça Comum e a Justiça do Trabalho, fizemos considerações no subitem 2.4, assentando que, sendo o mérito da causa de direito patrimonial, pode haver a flexibilização de competência entre ambas. Falamos sobre a razão histórica que motivou a criação da Justiça do Trabalho, concluindo que, atualmente, a razão da segregação entre esses dois ramos do Poder Judiciário está atualmente assentada apenas num imperativo de eficiência, proporcionada pela especialização funcional. Esta conclusão não fica obstada nem pela estrutura própria da Justiça do Trabalho, nem por lidar com uma principiologia peculiar para o julgamento das suas causas.

Num ponto, contudo, parece ser intransponível o óbice da incompetência absoluta. Trata-se de quando a causa envolver entidade de direito público ou versar sobre direito indisponível; sendo da competência da Justiça Comum, torna-se insanável o vício de ter sido julgada pela Justiça do Trabalho.

É fato notório que a esmagadora maioria das causas versa, direta ou indiretamente, sobre direitos patrimoniais, tanto na Justiça Comum como na Justiça do Trabalho. Mesmo quando se narra a lesão passada a alguns direitos fundamentais, pede-se indenização em decorrência disto. Até aí, não tendo havido tempestiva invocação das partes ou arguição *ex officio* do magistrado responsável pela causa, o bem jurídico disputado, embora juridicamente protegido, está circunscrito ao âmbito de disponibilidade das partes, não recebendo proteção especial ou adicional do sistema jurídico.

A situação é diferente quando a matéria *sub judice* envolve pessoa jurídica de direito público, ainda que a causa tenha fundo patrimonial, ou versa sobre direito indisponível.

No primeiro caso, se o juiz do trabalho julgar questões patrimoniais afetas a particulares, numa causa que seria de competência da Justiça Comum, eventual prejuízo decorrente da sua má apreciação ficaria limitado às esferas de interesse das partes; todavia, se o lesado é o Estado, a carência de recursos pode atingir toda a coletividade, ainda que indiretamente. Não é à toa que há uma série de normas processuais que procuram garantir a proteção do Estado contra as idiosincrasias do sistema judiciário, concedendo-lhe prazos

maiores para a sua defesa ou a obrigatoriedade de submeter a sentença a um duplo grau de jurisdição, criadas no pressuposto de que a sua defesa deve ser facilitada para evitar decisões judiciais equivocadas e desastrosas aos seus interesses, já que o Estado precisa de recursos para efetivar os direitos sociais e econômicos e com isso promover o bem comum.

A presença de uma pessoa jurídica de direito público faz com que políticas públicas possam ser contrastadas ou os recursos indispensáveis para a satisfação do interesse coletivo estejam em jogo. Nesse caso, a especialização constitucional dos ramos do Poder Judiciário deve ser levada com um rigor maior, uma vez que a divisão de tarefas entre os seus órgãos não está justificada apenas por uma maior racionalização dos serviços judiciários, numa perspectiva de *eficiência*, mas também pela proteção especial que o sistema jurídico confere aos interesses de uma das partes envolvida, reclamando o julgamento da causa pelos magistrados – *em tese* – tecnicamente mais aptos, à luz do direito material envolvido.

O segundo caso refere-se às causas que versam sobre direitos materiais indisponíveis. O sistema processual também confere uma proteção especial aos interesses envolvidos, impedindo que haja renúncia pura e simples, ou que se apliquem os efeitos da revelia. Mais uma vez, a especialização não é ditada por um interesse de mera racionalização dos serviço de prestação da tutela jurisdicional, em prol de se dotá-lo de maior eficiência; há uma justificativa bastante plausível para sustentar a exigência legal de que a causa seja apreciada pela Justiça Comum, teoricamente mais apta à sua apreciação, uma vez que não se pode permitir *a possibilidade* que eventual erro na apreciação da causa possa gerar aos interesses envolvidos, justamente porque especialmente protegidos.

Pode acontecer que a decisão da Justiça do Trabalho tenha sido ou teria sido muito mais justa ou tecnicamente consistente que a decisão da Justiça Comum *sobre o mesmo caso concreto*. Cumpre esclarecer que só *em tese, abstratamente*, a Justiça Comum está mais apta ao julgamento dessas causas, que pelo sistema lhe são afetas. Isso porque a formação profissional dos magistrados, tanto pelo que se cobra nos concursos de ingresso como pela sua experiência em lidar com o mesmo problema, ou problemas análogos,

naturalmente leva a uma *presunção* de que sejam mais aptos ao julgamento dessas causas. Nisso não há nenhum demérito aos magistrados da Justiça do Trabalho, que também são inegavelmente mais aptos ao julgamento de causas relativas à relação de emprego, cuja competência lhe fora constitucionalmente outorgada, pela mesma razão. Todavia, essa presunção é suficiente para manter-se o enquadramento legal do tema, tornando insanável o vício de incompetência absoluta, ainda que isso implique evidente sacrifício à eficiência no regular desenvolvimento e desfecho do processo.

Dessa sorte, a conjugação de três fatores impede a flexibilização da competência: a) a especialização ter sido estatuída em nível constitucional; b) a presença de um ente de direito público ou o mérito da causa que versa sobre direitos indisponíveis; c) seu julgamento pela Justiça Especializada do Trabalho, sendo a causa de competência da Justiça Comum. Nessas hipóteses, fica justificada a mitigação da força normativa do princípio da eficiência pelo interesse especialmente qualificado e protegido, de que a causa seja apreciada pela Justiça Comum, ordinariamente competente, não se limitando a imputação da sua competência uma técnica de simples racionalização na distribuição dos serviços judiciais.

3.3 A flexibilização não pode prestigiar a má-fé.

Outra hipótese em que a convalidação do vício de incompetência absoluta seria inadmissível é a de colusão das partes com o objetivo de frustrar a aplicação da lei. Com ou sem o envolvimento do Juízo, havendo indícios de atividade desse tipo, a solução cabível não será a de simplesmente nulidade do feito, mas sim da sua extinção sem resolução do mérito²⁹³, sem prejuízo da condenação de ambas as partes às penas de litigância de má-fé. E, caso haja envolvimento doloso do magistrado, sem prejuízo da apuração da sua responsabilidade penal e administrativa. Se o Tribunal ou o juízo de primeiro grau se convencerem de que houve um conluio entre as partes para fraudar a competência, devem tomar de ofício as providências necessárias para obstar esse intento.

²⁹³ Nos termos do art. 129 do CPC: “Convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes.”

O sistema jurídico não pode compactuar com qualquer tipo de atuação da pessoas que procurem se valer do processo para a obtenção de benefícios ilegais, lesando ou não terceiros. É da essência do princípio da eficiência, quanto ao seu aspecto de segurança jurídica, disponibilizar, com prontidão e utilidade, instrumentos hábeis para combater comportamentos direcionados à obtenção de vantagens indevidas. Se o sistema não se imunizar contra isso, as pessoas se sentirão estimuladas a defraudá-lo continuamente, provocando sua falência interna e total descrédito. Por isso, nenhuma solução processual pode contemplar a consolidação de uma vantagem indevida obtida dolosamente.

O erro grosseiro quanto à incompetência, principalmente quando tenha passado despercebido do juiz na decisão de saneamento ou na primeira audiência do caso, aliado ao valor da causa, aos interesses em jogo, ao costume de litigância das partes, aos vínculos entre elas ou seus advogados, ou com o magistrado; todo esse conjunto de circunstâncias será relevante para aferir a suspeita de que o processo seja mero embuste para lograr atividade ou resultado ilícitos. Nesses casos, a flexibilização do regime legal da competência não poderá ser realizada ou tolerada.

3.4 A objeção de incompetência absoluta

Outro limite à flexibilização é a existência de tempestiva objeção de incompetência absoluta, ou sua arguição pelo próprio autor, ou seu reconhecimento *ex officio* pelo juiz, desde que isso ocorra até a decisão de saneamento do feito e não haja uma dúvida razoável sobre qual o juízo competente na doutrina e na jurisprudência, conforme veremos no item a seguir.

Especial interesse tem o réu, que não propôs a ação; simplesmente foi citado para se defender. Ele tem direito a que a causa seja processada no juízo competente. Se reclamou o exercício desse direito logo na contestação, pugnando pela remessa dos autos ao juízo competente, o não acolhimento da objeção causa perplexidade, deixando sob suspeita a imparcialidade do juízo, sua dedicação ao trabalho ou seus conhecimentos técnicos. De

qualquer modo, não havendo dúvida que há um vício de incompetência e se a parte fez a alegação até a decisão de saneamento, ela tem direito a que essa decisão seja revista pelos órgãos superiores do Poder Judiciário em eventuais recursos, mesmo que isso implique a nulidade do processo muitos anos depois. A parte não pode ser prejudicada pelo erro do magistrado de primeiro grau que deveria ter acolhido a objeção e assim não o fez.

A flexibilização da competência só pode ter lugar se houver espaço para a aplicação da técnica da fungibilidade quanto ao tema, ou se a questão não tiver sido suscitada por qualquer das partes, ou pelo próprio juízo, até a decisão de saneamento da causa, quando a sua tramitação ainda está em estágio inicial.

4. A fungibilidade em matéria de competência

Tratamos no capítulo 1 da *fungibilidade* como princípio geral do processo, descolando-o da sua utilização estrita no campo recursal, no qual fora historicamente concebido e é largamente aplicado. Asseveramos que não se trata bem de um princípio, mas sim de uma técnica que pode ser aplicada a todo o processo e que está vinculada à promoção do princípio da eficiência. Pois bem, nada obsta sua extensão ao tema da competência jurisdicional, com lastro no princípio da eficiência.

A doutrina majoritária aponta a exigência de uma dúvida objetiva sobre o comportamento processual a ser adotado pela parte, legitimando qualquer um deles. Desde que haja uma dúvida razoável sobre dois ou mais meios processuais disponíveis para uso da parte, não pode ela ser prejudicada pela opção de um deles, uma vez que a imprevisibilidade gerada pelo sistema não pode militar em desfavor da parte, sob pena de solapar-se a segurança jurídica que dele se espera.

O autor que promove a ação em um dos juízos que, com alguma controvérsia, tem sido considerado o competente, não pode ser penalizado com uma declaração tardia de que o processo é nulo por vício de competência. O princípio da eficiência não está em questão apenas pelo aspecto da segurança jurídica, mas também: (i)

da celeridade do processo, que se verá regredir; (ii) da efetividade das decisões já proferidas (com especial destaque para a tutela de urgência), ameaçada pela possibilidade de não ratificação, tornando pó a tutela jurisdicional; (iii) bem como pela economia processual, dada a necessidade de se refazer uma série de atos já realizados.

Nesses casos de dúvida objetiva (*rectius*: dúvida razoável, que colhe significativa parte da jurisprudência), mais importante que elocubrar e desfiar razões para definir qual o juiz competente, é que seja definido qualquer um deles e o mais rápido possível. Esse é um papel que cabe aos tribunais superiores, como veremos no capítulo 3. De qualquer modo, quando um pronunciamento definitivo vier, deve-se fazer ressalva à validade de todos os atos já praticados, inclusive os decisórios, em prestígio aos quatro aspectos do princípio da eficiência.

Nestes casos limítrofes, aos quais a doutrina se refere como “zona de penumbra”, fica mais evidente a falta de prejuízo de qualquer das partes pelo processamento e julgamento da causa em juízo “incorreto”, assim considerado posteriormente. Se há uma dúvida sobre mais de um juízo como absolutamente competente, todos estarão aptos a um profícuo exame da causa. Já salientamos que a garantia do juiz natural está ligada à imparcialidade do Poder Judiciário, de modo a que não haja a indicação de um magistrado especialmente para uma causa, ou um tipo de causas, com a perspectiva de fazer prevalecer interesses subalternos ou uma posição ideologicamente pré concebida, que ditarão o resultado do julgamento em detrimento da técnica na aplicação do sistema jurídico.

Não cabe falar em lesão ao juiz natural se não houver um nítido viés de quebra da imparcialidade do julgador, assim como não há que se falar em qualquer outro prejuízo aos objetivos do processo, como instrumento, pelo julgamento da causa por órgão que posteriormente se decidiu incompetente. E se nenhum direito fundamental de qualquer

das partes fica lesado, se nenhum prejuízo pode ser constatado, resta plenamente legitimada a adoção da técnica de fungibilidade²⁹⁴.

Deste modo, não pode ser acolhida objeção quanto à incompetência absoluta quando houver uma dúvida plausível sobre qual juízo assim o seja. A objeção só poderá ser acolhida se o réu comprovar algum prejuízo decorrente da opção feita pelo autor, caso em que o juiz deverá decidir, segundo seu livre convencimento, qual dos juízos ele entende competente, a despeito da dúvida que grassa na jurisprudência; ou quando a dúvida outrora existente tiver sido desfeita por uma resposta definitiva do tema dada pelos tribunais superiores, através de súmula, ou julgamento pelo órgão plenário do STF com a formação de *leading case*, que convém seja proferida o mais rapidamente possível. Enquanto tal decisão não vem, qualquer opção razoável adotada pela parte deve-se reputar legítima,

²⁹⁴Bedaque discorda da doutrina majoritária quanto ao requisito da dúvida objetiva. Ele sustenta que a aplicação do “princípio” da fungibilidade requer apenas a ausência de prejuízo aos objetivos do instrumento, afastando o critério da dúvida objetiva. Este serviria apenas para afastar casos de eventual má-fé, quando a perda do meio adequado pela parte não pode ser suprida pela aceitação de meio diverso. Nas suas palavras: “Mas parece aconselhável conferir extensão ainda maior ao princípio da fungibilidade. Não se justifica admitir a fungibilidade apenas se objetivamente duvidosa a situação processual, gerando o que a doutrina denomina de “zona de penumbra”. O exemplo da incompetência relativa argüida na contestação é típico. Mesmo inexistindo controvérsia a respeito, tem a jurisprudência aceitado a adoção do meio inadequado, pois desse equívoco não resulta prejuízo para a parte contrária. Em sede de fungibilidade, portanto, mais que a incerteza quanto ao meio processual a ser utilizado para o exercício de faculdade ou para o cumprimento de ônus processual, é preciso verificar se o equívoco causou algum prejuízo aos objetivos do instrumento, bem como aos princípios que o informam. Como já dito anteriormente, há formas inócuas, desnecessárias, sem razão de ser. Muitas se devem ao peso da tradição. Outras não têm qualquer explicação. Em todas à algo em comum: são absolutamente prescindíveis, pois em nada contribuem para o desenvolvimento do processo ou para preservar alguns princípios fundamentais, como contraditório e ampla defesa. Por tudo, sugere-se seja ampliada a aplicação do princípio da fungibilidade, em atenção à instrumentalidade das formas e à ausência de nulidade sem prejuízo – eleitas neste trabalho como as premissas maiores do sistema no tocante ao formalismo, à técnica e às nulidades. Observados os parâmetros estabelecidos pelo devido processo constitucional – em especial as garantias do contraditório e da ampla defesa –, questões sobre forma e técnica não devem impedir os objetivos do processo sempre que ausente prejuízo. Reiteram-se nesta oportunidade observações sobre formas inúteis, poderes do juiz para corrigir eventuais distorções e inadequações da técnica processual. Todavia, é preciso atentar, ainda, para a possibilidade de má-fé, representada pela opção por meio inadequado quando já preclusa a possibilidade de utilização do correto. Com o objetivo de evitar eventuais abusos, revelam-se muito úteis as noções de “dúvida objetiva” e “erro inescusável”. Apenas para esse fim importa a idéia das “zonas de penumbra”, pois, se não há dúvida sobre o meio processual próprio a ser adotado em determinada situação concreta e a parte, após precluso o prazo para valer-se dele, adota via inadequada, a manobra deve ser rejeitada. Aqui devem incidir os limites impostos pela construção sobre as zonas de penumbra. Se inexistir qualquer suspeita de má-fé, não há razão plausível para restringir a incidência dos princípios da instrumentalidade, do prejuízo e da economia processual, se preservados os valores tutelados pelo devido processo constitucional e a ordem necessária para o desenvolvimento regular do processo.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006; pp. 121-124).

desde que não se demonstre qualquer prejuízo ao réu ou vantagem indevida ao autor pelo exercício da opção.

Este raciocínio quanto à fungibilidade deve ser igualmente aplicável às exceções de incompetência relativa. Se há uma dúvida razoável sobre qual o juízo competente e, além disso, não se explicita o prejuízo ao excipiente como decorrência da escolha adotada pelo autor, a exceção – cuja ausência de prejuízo revela ser provavelmente protelatória – deve ser rejeitada, em prol dos quatro aspectos inerentes ao princípio da eficiência. É caso de fungibilidade. Todavia, se não há uma dúvida consistente quanto ao juízo competente e o réu interpõe a exceção respectiva com razão, seu prejuízo é presumido e ele terá direito à proclamação da incompetência mesmo em grau recurso, não podendo ser tolhido deste seu direito caso o juiz de primeiro grau não a tenha acolhido.

5. O princípio da eficiência e a ratificação de atos decisórios em caso de declinação de competência

Este item analisa, sob a ótica do princípio da eficiência, a situação em que houve um deslocamento da causa ainda em tramitação. O art. 113, § 2.º, do CPC, dispõe que, declarada a incompetência absoluta, *somente os atos decisórios serão nulos*, remetendo-se os autos ao juiz competente. Atendendo ao comando contido neste dispositivo legal, não há dúvida de que os atos decisórios perdem eficácia com a declaração de incompetência absoluta do juízo.

Todavia, importa saber se o juízo que recebe os autos, reconhecendo-se competente, poderia convalidar e ratificar os atos decisórios já tomados, revigorando-lhes seus efeitos em caráter *ex tunc*. Não há uma resposta clara na lei, abrindo-se espaço à construção doutrinária e jurisprudencial.

A jurisprudência não tem enfrentado diretamente a questão. O que ela tem assentado com muita frequência, em inúmeros precedentes, é algo já expresso no art. 113, § 2.º/CPC: o reconhecimento da incompetência absoluta não retira a validade de atos não

decisórios, como os de comunicação processual (citações e intimações) e atos instrutórios, invocando para isso a idéia da instrumentalidade das formas²⁹⁵.

Não era preciso recorrer-se à concepção instrumental do processo para manter a validade de atos não decisórios; bastava aplicar a literalidade da lei. De qualquer sorte, quando a jurisprudência fala em “*validação*” de atos não decisórios, apontando a nulidade “*somente dos atos decisórios*”, deixa transparecer, implicitamente, que não se admite qualquer possibilidade de validação de atos decisórios.

Cabe insistir num ponto: a questão não é a nulidade dos atos decisórios, mas sim a possibilidade da sua convalidação ou ratificação pelo juízo considerado competente. A análise da jurisprudência revela que não há dúvida quanto à declaração de nulidade dos atos decisórios, tornando-os sem efeitos, mas não se aborda diretamente a possibilidade da repristinação dos efeitos do ato decisório nulo pela autoridade judiciária que recebe os autos em virtude do reconhecimento da sua competência.

²⁹⁵ “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO CONTRA A FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE. AJUIZAMENTO DA CONTENDA NA JUSTIÇA ESTADUAL. DECLARAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO. VALIDADE DE TODOS OS ATOS PRATICADOS PELO JUÍZO INCOMPETENTE, EXCETO OS DECISÓRIOS. PRECEDENTES. 1. Declarada a incompetência absoluta do juízo, é cabível a convalidação de todos os atos praticados pelo juiz incompetente, com exceção daqueles de caráter decisório, tendo em vista os princípios da economia e celeridade processuais. 2. Precedentes desta Corte Superior. 3. Recurso não provido. (STJ, REsp 504.040/PR, Rel. Min. José Delgado, DJ 18.08.2003); “RECURSO ESPECIAL – COMPETÊNCIA – NULIDADE – EXTENSÃO A INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA ACARRETA NULIDADE DOS ATOS DECISÓRIOS. OS DEMAIS, COMO CONSEQÜÊNCIA DO PRINCÍPIO DA BREVIDADE PROCESSUAL, DEVEM SER PRESERVADOS”. (STJ, REsp 6680/PR, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 04.03.1991); “PROCESSO CIVIL. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. NULIDADE. ATOS PROCESSUAIS. Declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, os demais como as citações e intimações devem ser preservados, em obediência ao princípio da economia processual (ART-113, PAR-2, CPC-73). (AG 97.04.14737-6/SC, TRF 4ª Região, Terceira Turma, Rel. Juiz Amir Sarti, unânime, dec. 12.02.1997, publ. DJ 01.04.1998, pg. 284). “PROCESSUAL CIVIL. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. APROVEITAMENTO DOS ATOS INSTRUTÓRIOS PRATICADOS. RESSALVA DAQUELES CAUSADORES DE PREJUÍZO ÀS PARTES. 1. A incompetência absoluta acarreta a nulidade de todos os atos decisórios; os demais, como consequência do princípio da celeridade processual, devem ser aproveitados pelo juízo competente, desde que não causem prejuízo às partes. 2. O reconhecimento da confissão ficta feita pelo juízo absolutamente incompetente, não obstante sua finalidade instrutória, causa prejuízo à parte a que se dirige, suficiente a gerar sua nulidade. 3. Recurso não conhecido.” (STJ, REsp nº 200589/PE, Rel. Min. EDSON VIDIGAL, DJ de 17/05/1999); “PROCESSO CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. NATUREZA JURÍDICA. FORO COMPETENTE. JUÍZO DA SITUAÇÃO DO IMÓVEL. I - A desapropriação indireta é ação real sobre imóveis, por isso que o foro competente é o da situação da coisa. Precedentes. II - A incompetência absoluta resulta na anulação, somente dos atos decisórios praticados, aproveitando-se os demais. III - Recurso conhecido e provido.” (STJ, REsp nº 94361/RJ, Rel. Min. JOSÉ DE JESUS, DJ de 14/10/1996).

Todavia, essa possibilidade vem sendo implicitamente negada. Quando uma parte pede a manutenção de decisão proferida pelo juízo incompetente, a jurisprudência tem negado essa possibilidade²⁹⁶.

²⁹⁶ “AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DECLARAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. ATOS DECISÓRIOS. NULIDADE (ART. 113, §2º, CPC) I- A declaração de incompetência absoluta, com a determinação de remessa dos autos à justiça competente, acarreta a declaração de nulidade de todos os atos decisórios, só se aproveitando os demais atos processuais que não causarem prejuízos às partes. II - Na espécie, não pode subsistir a liminar anteriormente concedida se decisão posterior reconheceu a incompetência absoluta deste e. Superior Tribunal de Justiça para o processamento e julgamento do mandado de segurança e determinou a remessa dos autos à Justiça Federal de primeira instância (art. 113, §2º, Código de Processo Civil). Agravo regimental desprovido.” (STJ, AgRg no Mandado de Segurança n.º 11.254/DF, Rel. Min. Félix Fischer, DJ 13.11.2006). Veja-se no voto do Relator, com citação de vários precedentes: “Trata-se de mandado de segurança impetrado por RAQUEL CUERCI DE SOUSA contra ato tido por ilegal do Exmo. Sr. COMANDANTE DA MARINHA DO BRASIL, que a considerou inapta para ingresso no Serviço Militar Voluntário de caráter temporário. Alega a impetrante que a Marinha do Brasil tornou pública a abertura das inscrições para prestação de serviço militar voluntário de caráter temporário, para complementar o efetivo de militares. Por conseguinte, a impetrante inscreveu-se para a área de enfermagem, sendo convocada para entrevista e posteriormente designada para a inspeção de saúde, em relação a qual foi considerada inapta em 17/11/2005 (fl. 4). (...) Deferi a liminar (fls. 39/40), para assegurar à impetrante a participação nas demais fases do certame. A autoridade coatora prestou informações (fls. 49-74), sustentando, apenas, a sua ilegitimidade passiva, uma vez que o ato que excluiu a impetrante do certame é de responsabilidade do Comandante do 9º Distrito Naval. (...) Analisando mais detidamente os autos, vejo que o Sr. Comandante da Marinha não tem legitimidade para figurar no pólo passivo do mandamus. (...) Ante o exposto, não conheço do mandamus, por incompetência *ratione personae* desta Corte, e determino a remessa dos autos à Justiça Federal da Seção Judiciária do Amazonas. P.I. Brasília, 31 de agosto de 2006” (fls. 165-168). [Transcreveu a decisão agravada] Sustenta a agravante que o entendimento desta e. Corte é no sentido de que, ao remeter os autos à Justiça Competente, deve prevalecer a vigência da liminar anteriormente concedida. (...) É o relatório. Como se vê do relatório, a agravante insurge-se não contra a remessa dos autos à Justiça Federal, mas apenas pelo fato de não ter sido mantida a liminar anteriormente concedida. Ao ser declarada a incompetência absoluta, é de rigor sejam anuladas todas as decisões proferidas anteriormente. A redação do §2º do art. 113, CPC, é bem clara: Art. 113. A incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção. (...) § 2º Declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente”. Outro não é o entendimento desta e. Corte, conforme se vê dos seguintes precedentes: “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA, POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, CONTRA EX-PREFEITO. SUSPENSÃO DO PROCESSO. RECLAMAÇÃO E INQUÉRITO EM CURSO NO STF. 1. (...) 4. Medida cautelar improcedente, tanto mais que os atos decisórios, tratando-se de incompetência absoluta, são inexoravelmente nulificados” (STJ, MC nº 8671/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 28/03/2005). “PROCESSO CIVIL - SUSPENSÃO DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA - INDEFERIMENTO - DECLÍNIO DE COMPETÊNCIA - INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO - NULIDADE DA DECISÃO OBJETO DO PEDIDO DE LIMINAR (CPC ART. 113, § 2º)- DECLARAÇÃO DE OFÍCIO. 1.(...) 2. Havendo o declínio da competência para Justiça Federal, cabendo a essa julgar o mandado de a segurança no qual foi concedida a liminar objeto do pedido de suspensão, deve ser declarada de ofício a incompetência absoluta, e a conseqüente nulidade da decisão liminar, consoante o que determina o Código de Processo Civil, art. 113, § 2º. 3. Não subsistindo a decisão objeto do pedido de suspensão, está prejudicado o pedido (RISTJ, art. 34, XI). 4. Pedido Prejudicado” (STJ, AgRg na SL nº 38/RS, Corte Especial, Rel. Min. Edson Vidigal, DJU de 20/09/2004). “PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL - NORMAS LEGAIS APONTADAS COMO VIOLADAS NÃO DEBATIDAS NA INSTÂNCIA DE ORIGEM – FALTA DE PREQUESTIONAMENTO - DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL – IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE - NÃO CONHECIMENTO – EMPREGADO PÚBLICO MUNICIPAL – REGIME CELETISTA - RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO -

O que pretendemos com este item é apresentar a influência do princípio da eficiência na solução desta questão, uma vez que a doutrina também não apresenta maior aprofundamento do tema²⁹⁷. Adiantamos a conclusão: a impossibilidade de ratificar as decisões do juízo incompetente, com efeitos *ex tunc*, poderá trazer severos danos à promoção do conteúdo normativo do princípio da eficiência no processo.

Se o réu se depara com um litígio em que, a seu ver, não tem razão quanto ao mérito da questão, resta-lhe se agarrar em questões de processo para protelar a sua derrota na causa, ou mesmo tentar vencer a causa sem razão, já que espontaneamente não reconheceu o direito postulado pelo autor, resistindo à sua pretensão. Eis que a questão da incompetência absoluta poderá lhe servir com perfeição a esse seu intento. O réu protela a causa o tanto que puder em primeiro grau de jurisdição e, após uma sentença de mérito desfavorável, centra seu recurso de apelação na incompetência absoluta do juízo, almejando com isso rediscutir a validade todas as decisões – e não só da sentença, impugnando até mesmo as interlocutórias que permitiram a caminhada do procedimento até o seu desfecho. Quanto mais tumulto, tanto melhor.

MANDADO DE SEGURANÇA - PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA TRABALHISTA - PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA ACOLHIDA – DISSÍDIO PRETORIANO COMPROVADO. 1 – (...) 6 - Recurso conhecido, nos termos acima expostos, e, neste aspecto, provido para, acolhendo a preliminar de incompetência absoluta, anular todos os atos decisórios ab ovo, determinando a remessa dos autos ao juízo competente.” (STJ, REsp nº 332455/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 02/08/2004) “AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. LIMINAR DEFERIDA EM CONFLITO DE COMPETÊNCIA. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DESTA CORTE PARA O CONFLITO. LIMINAR NULA. 1. Declarada a incompetência absoluta desta Corte para processar e julgar o conflito de competência, tem-se como nula a liminar deferida inicialmente para suspender a execução em trâmite perante a Justiça do Trabalho. Interpretação do art. 113, § 2º, do Código de Processo Civil e adoção da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2. Nesse caso, o prosseguimento da execução na Justiça do Trabalho não afronta a liminar referida que, diante da nulidade, não mais existe, descabendo acolher a reclamação da agravante. 3. Agravo regimental desprovido.” (STJ. AgRg na Rcl nº 1001/SP, 2ª Seção, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 04/02/2002).

²⁹⁷ Cândido Rangel Dinamarco, em obra densa e de inegável riqueza científica, sustenta a possibilidade de ratificação numa singela frase: “São ainda explicitamente indicados como nulos todos os *atos decisórios do juiz incompetente* (art. 113, § 2.º), embora possam ser ratificados pelo juiz a quem o processo seja remetido.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, vol. II. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002; p. 593). Quanto ao fato de a nulidade ser absoluta, mais à frente ele afirma que “Não existe uma relação constante entre a sanabilidade do procedimento e o caráter absoluto ou relativo da nulidade. Há nulidades absolutas *sanáveis* e *insanáveis*, o mesmo acontecendo com as relativas – porque, independentemente da gravidade do vício ou de sua projeção na ordem pública, com a realização do ato omitido ou repetição do nulo desaparece a causa contaminadora.” (idem, pp. 604-605).

Nesses dois casos, a ratificação com efeitos *ex tunc*, desde que o juízo competente concorde com as decisões já proferidas, permitirá que o processo siga sem discussões ou delongas com relação à eventual contaminação de atos posteriores por decorrência da invalidade de decisões interlocutórias, obrigando o magistrado, por outra via, a declinar expressamente as decisões que não possam ser ratificadas, as razões disso e as conseqüências da invalidade para o processo. A ratificação diminui a discussão se a invalidade de certas decisões não afetaria todo o procedimento do processo. A sentença, por sua vez, não precisaria ser refeita com novos argumentos, desde que o juízo competente concorde com os argumentos e com a conclusão da decisão lançada pelo juízo incompetente.

A maior serventia da ratificação, contudo, estará na manutenção dos efeitos de decisão liminar, seja cautelar ou antecipatória dos efeitos da tutela pretendida. Se o réu se vê compelido a fazer ou deixar de fazer alguma coisa por decisão judicial provisória, porém de eficácia imediata, ainda que fixada multa para o descumprimento, ele poderá se sentir encorajado a descumprir a decisão com a perspectiva de que mesma não valha nada no futuro, caso acolhida sua alegação de incompetência absoluta do juízo. Porém, caso a decisão possa ser ratificada pelo juízo competente no futuro, o réu deixará de apostar no vício da incompetência absoluta como alternativa para descumprir a decisão. Ele poderá deixar de cumpri-la por outros motivos, mas será demasiadamente arriscado agir assim por apostar na incompetência absoluta do juízo. Todavia, se não houver a possibilidade de ratificação da decisão, dependendo dos interesses em jogo, o réu pode se sentir estimulado a descumpri-la deliberadamente, focando sua defesa, posteriormente, na irremediável nulidade da decisão.

Além disso, há situações em que, mesmo sem um comportamento do réu deliberadamente voltado a frustrar a efetividade da atividade jurisdicional, isso irá ocorrer. Imagine-se uma decisão liminar que mantenha um estudante matriculado em curso de graduação, desde o segundo ano da faculdade, em curso de medicina. O sujeito passa por todos as séries do curso e respectivos desafios e, dias antes de pegar o diploma, o juízo se

declara absolutamente incompetente²⁹⁸. Considerar essa decisão nula e desprovida de todos os efeitos, só pelo vício da incompetência, implicará desconsiderar tudo o que foi feito, ainda que o juízo competente entenda correta a concessão da liminar, o que significa ele tinha direito à concessão daquela tutela de urgência. O mesmo pode ocorrer com quem prestou um concurso e fez as provas com base em decisão liminar, logrando aprovação. Mesmo que o juízo competente entenda correta a decisão provisória, sua irremediável nulidade implicaria a exclusão da candidata do direito de obter posse.

Mais graves podem ser os casos em que o réu está cumprindo uma decisão provisória, mas aproveita a ligeira brecha deixada pelos instantes em que o processo sai do crivo do juízo incompetente e vai para o juízo competente, para fazer (ou não fazer) o que lhe fora proibido. Imagine-se uma decisão que impede a demolição de um prédio com valor histórico relevante. No mesmo segundo em que o juízo do feito se declara incompetente e reconhece a nulidade das decisões proferidas nos autos, o réu determina a demolição do prédio. Até que os autos cheguem às mãos do juízo considerado competente, o dano estará consumado, podendo o réu se escusar na ausência de decisão válida que lhe impusesse comportamento diverso. Se o juízo competente não puder ratificar a decisão do incompetente com efeitos *ex tunc*, deveremos nos resignar com a impunidade desse comportamento.

Outros casos exemplos poderiam ser cogitados. Imagine-se uma decisão da Justiça Federal que, em ação civil pública, impeça o pagamento de quantia milionária a uma empresa, por considerar nulo ou inexistente um contrato administrativo. Sobrevindo o reconhecimento da incompetência absoluta com a nulidade do ato decisório, o órgão público, mancomunado com o agente privado, poderia rapidamente liberar o dinheiro cujo pagamento fora impedido de fazer, justamente pela ausência de decisão válida que impedisse esse comportamento. Se ficar fixado na cultura jurídica (preferencialmente por súmula vinculante) o poder de ratificação retroativa pelo juízo competente, a atividade seria vista como temerária.

²⁹⁸ A jurisprudência é meio vacilante quanto à competência da Justiça Estadual ou da Justiça Federal a respeito de questões acadêmicas envolvendo alunos de cursos universitários e as respectivas instituições de ensino.

A imputação de nulidade aos atos decisórios prevista no art. 113, § 2.º/CPC significa que as decisões do juiz incompetente são desprovidas de efeitos, mas não diz nada com a possibilidade de que sejam ou não sanadas, ratificadas ou convalidadas. A circunstância de a nulidade ser expressamente cominada não autoriza qualquer conclusão no sentido da impossibilidade de que os atos decisórios nulos não venham a ser ratificados²⁹⁹.

Não há um tratamento rígido ou uniforme sobre o tema das nulidades em geral no processo civil, tanto pela lei, pela jurisprudência ou pela doutrina, de modo que a solução para a questão posta não está pronta, mas deve ser construída à luz do sistema normativo. A solução proposta de ratificação não é ilegal, ou claramente contrária ao texto do art. 113, § 2.º, do CPC. Disso não se pode acusá-la, uma vez que simplesmente procura dar ao dispositivo uma leitura de modo a conformá-lo ao conteúdo do princípio constitucional da eficiência. Assim, pode-se perfeitamente sustentar, na esteira de Gelson Amaro de Souza, que quando a lei diz que “somente” os atos decisórios serão considerados

²⁹⁹ “Em primeiro lugar, nem toda nulidade absoluta é insanável, havendo, ao que parece, confusão na correspondência necessária e respectiva entre os termos “nulidade absoluta” e “nulidade relativa” e os conceitos de “nulidades insanáveis” e “sanáveis”. A ligação do vício e o nulo (correlação entre o *vitiosus* e o *nullus*), a impedir a convalidação, deriva de razões históricas, tendo surgido no direito privado. Sua importação para o processo, ligando a sanabilidade com a natureza do vício, é resquício privatista indevido. Essa transposição é equivocada dada a necessidade de pronunciamento judicial para a invalidação. Se o nulo processual só existe após a decisão do juiz, não há relação intransponível entre o vício e sua sanabilidade. Também não há correspondência necessária entre as nulidades “cominadas” e “não cominadas” e as nulidades “absolutas” e “relativas”. A natureza do vício não se altera pelo fato de vir prevista em lei a sanção de nulidade, e, de fato, algumas nulidades “cominadas”, expressamente previstas no CPC, p. ex., são nulidades relativas e sanáveis. Na verdade, a diferença só faz sentido em sistemas que adotem a tipicidade ou reserva legal, pois nestes só a nulidade cominada poderia ser decretada. Essa balbúrdia teórica, na doutrina brasileira, ocorre sobretudo por dois motivos principais. Primeiramente, o critério usado na classificação “nulidades cominadas e não cominadas” é diferente daqueles usados ao separar as nulidades em “absolutas-relativas” ou “sanáveis-insanáveis”. Com efeito, são classificações diferentes separadas por signos diversos: a previsão legal da nulidade, a natureza da norma (cogente-dispositiva), a espécie de interesse protegido (público-privado), a possibilidade de convalidação. Em se tratando de classificações baseadas em critérios diversos, pode não haver, como de fato não há, necessária correspondência entre os conceitos. (...) Talvez devamos falar apenas em vícios/nulidades sanáveis ou insanáveis, já que o que realmente importa é, qualquer que seja o defeito ou sua gravidade, verificar se pode ser aproveitado o ato ou deve ser pronunciada a sua invalidade”. (CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009; pp. 89-93)

nulos, não está dizendo que “todos” os atos decisórios serão inevitavelmente e sempre “nulos”³⁰⁰.

Curioso notar que, em casos de conflito de competência, o STJ tem adotado o costume de designar um dos juízos do conflito para prover medidas urgentes na demanda³⁰¹. Quer dizer, há o reconhecimento de que a questão da competência, embora tenha a sua importância, não pode inviabilizar a efetividade da tutela jurisdicional³⁰².

³⁰⁰ “É corrente na doutrina mais ortodoxa o pensamento de que são nulos todos os atos decisórios praticados pelo juízo incompetente. Não se sabe a origem dessa afirmação, mas, muito provavelmente, nasceu de uma equivocada interpretação do art. 113, § 2o, do CPC, o qual dispõe que 'somente' os atos decisórios serão passíveis de cogitação de nulidade. Mas isso não quer dizer que necessariamente serão nulos todos os atos decisórios (art. 122 do CPC). A lei usa a expressão 'somente' e não 'todos'. A não percepção da diferença entre as palavras 'somente' e 'todos' pode ser a causa dessa interpretação que se entende como equivocada. (...) Tem-se apregoado até como certa frequência que todos os atos decisórios do Juízo incompetente são nulos. Ao extremo chega PIZZOL, entende que até mesmo a liminar quando concedida pelo Juízo incompetente deve ser anulada. Assim também pensam MARINONI e ARENHART, afirmando que serão nulos os atos decisórios concessivos de liminares cautelares ou liminares antecipatórias de tutela. Mas não pode ser bem assim. Muitos dos atos decisórios serão válidos, eficazes, aproveitados, convalidados ou até mesmo sanados. (...) O art. 113, § 2o, do CPC, numa tentativa infrutífera de esclarecer quais os atos do Juízo incompetente podem ser considerados nulos ou anulados, acabou por confundir mais do que esclarecer. Diz que somente serão nulos os atos decisórios. Com isso levou a grande maioria dos profissionais do direito a acreditar que a nulidade sempre acontecerá quando se tratar de ato decisório de Juízo incompetente. Nada obstante o peso e a autoridade dos argumentos utilizados por aqueles que entendem que todos os atos decisórios do juízo incompetente serão nulos, pensa-se diferente e assim foi exposto em nosso Curso de Direito Processual Civil, como se transcreve: 'O artigo 113, § 2o, ao dizer que somente os atos decisórios serão nulos, por exclusão está se afirmando que os demais não o são. Além do mais, ao dizer somente os atos decisórios serão nulos, não quis dizer que todos os atos decisórios serão necessariamente nulos. Diz a lei 'somente' os atos decisórios e não todos os atos decisórios. Isto quer dizer que cabe julgamento sobre os atos decisórios para concluir se serão ou não nulos. Alguns atos decisórios poderão ser nulos e outros não.’ (SOUZA, Gelson Amaro de. *Dever de declaração da incompetência absoluta e o mito da nulidade de todos os atos decisórios*. In Revista dos Tribunais, n.º 833, março de 2005. São Paulo: Ed. RT, pp. 82-96)

³⁰¹ Conferir, dentre outros, o AgRg no CC 100345 / RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 17.12.2008; AgRg no CC 43246 / SC, Rel. Min. Castro Filho, DJ 26.05.2004; AgRg no CC 38578 / PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ 14.05.2003.

³⁰² Neste sentido Gelson Amaro de Souza, após defender expressamente a manutenção de decisões liminares e antecipatórias da tutela, ao menos até serem reapreciadas pelo juízo competente: “A matéria de competência é matéria simplesmente formal e a forma jamais poderia se colocar acima do direito. Sempre que o direito estiver em perigo, entre sacrificá-lo ou sacrificar a forma, que seja esta sacrificada. Entre a forma e o direito deve-se dar preferência a este. Primeiro o direito, depois, a forma. Sabidamente a matéria sobre procedimento é formal. A competência é matéria de procedimento e não de processo, como pensam muitos. Tanto é matéria de natureza procedimental, que a Constituição Federal, autoriza os Estados legislar sobre as normas de competência (art. 125, § 1.º, da CF) e ainda o Código de Processo Civil (art. 93), ao autorizar a competência por norma de organização judiciária (norma que pode ser estadual ou federal), quando a mesma Constituição dispõe que somente a União pode legislar sobre norma processual (art. 22, I) e somente permite os Estados legislar em concorrência com a União sobre as normas procedimentais (art. 24, XI). Em sendo a norma de competência de natureza procedimental, está ligada essencialmente a forma dos atos e esta forma deve ceder sempre que o direito estiver em perigo. Primeiro deve-se preocupar com a proteção do direito e quando este estiver em dificuldade ou em perigo, o melhor caminho é, mesmo desprezar-se, as formas e proteger-se o direito” (idem)

Essa assertiva é especialmente relevante quanto à possibilidade de ratificação de decisões proferidas na seara da tutela de urgência; a parte necessitada, a par da discussão quanto à competência e desde que não atue com má-fé, não pode ser dela privada. Por isso, ao reconhecer sua incompetência, o juiz deve manter as decisões proferidas nos autos até que sejam reapreciadas pelo juízo competente e, nele, ratificadas ou não³⁰³.

³⁰³ Essa perspectiva foi acolhida pelo TJSP no julgamento do Agravo de Instrumento n.º 1.071.256-0/2, Rel. Amaral Vieira, colhendo-se do seu voto relevante precedente: “Destarte, incompetente o juízo para processar e julgar o mandado de segurança impetrado, de rigor a remessa dos autos à Justiça Federal. Todavia, impositivo seja mantida a liminar deferida até que possa ser apreciada pelo Juiz Federal competente, que, então, decidirá pela sua ratificação ou revogação. Assim já deliberou esse Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos Embargos de Declaração 967.079-1/9, 28a Câmara da Seção de Direito Privado, Relator o Desembargador Rodrigues da Silva, j. em 20/06/2006, do qual se extrai o trecho a seguir transcrito: “Faço, porém, ressalva, quanto à liminar, que fica mantida, até decisão a propósito do juízo competente. Vale a lição de GALENO LACERDA, em escólio ao artigo 804 do estatuto de rito, que cuida da possibilidade de outorga in limine, ou após justificação, da medida cautelar sem que se ouça o réu. Ensina o Mestre (apud Comentários do CPC, volume VIII, tomo 1/252 e 253, 7a edição, Forense, 1998): Aderimos à velha tradição referida por Pontes de Miranda, a partir de Silvestre Gomes de Moraes, aceita também por Jorge Americano, Carvalho Santos, José Frederico Marques, Ovídio Baptista da Silva e Humberto Theodoro Júnior, no sentido de que a liminar dada por um juiz incompetente deva prevalecer até que o juízo competente se pronuncie a respeito, de acordo com o princípio quando est periculum in mora incompetentia non attenditur. É que a regra de competência, segundo Calmon de Passos, deve ceder ao risco de dano irreparável. O direito argentino, aliás, é expresso quanto à eficácia de liminar decretada por juiz incompetente (art 196 do CPC federal e do da Província de Buenos Aires). A solução, além de nos parecer correta e justa, porque em regra as dúvidas quanto à competência decorrem de omissão ou ambigüidades das leis, e não de erro do advogado, encontra respaldo em preceitos de nosso Código. Os arts. 265, III, e 306 determinam suspensão do processo quando oposta exceção de incompetência, e o art 311 prescreve que, “julgada procedente a exceção, os autos serão remetidos ao juiz competente”. Isto significa que, reconhecida a incompetência, não mais pode o juiz revogar a própria liminar. Se o Código determina a suspensão do processo principal onde esta se insere, e, se acolhida a exceção, ordena a remessa imediata dos autos ao juízo tido como competente, vedada se torna ao juiz excepto qualquer inovação no status anterior do processo. Se ele se declara incompetente, não mais pode decidir no feito, inclusive para revogar atos anteriores. Tal atribuição há de pertencer por inteiro e exclusivamente ao juízo declinado, se aceitar a própria competência (sim, porque esse juízo pode suscitar conflito, fato que frustraria por completo a prevenção cautelar, urgente, com gravíssimo e injusto prejuízo à parte, se se considerasse revogada ou ineficaz a liminar). O Código determina taxativamente que o processo principal fica suspenso. Logo, ao acolher a exceção, não pode o juiz reativar o que está por lei suspenso, para desconstituir ato processual anterior, inserido no feito suspenso. O que vale para a exceção de incompetência relativa também se aplica à arguição de incompetência absoluta, que provoca por igual “a imediata suspensão do feito”. Embora a incompetência absoluta cause a nulidade do ato decisório, e não a mera anulabilidade como ocorre com a relativa, certo é que o vício deve ser judicialmente declarado, nos termos do art 113, § 2o, pois nosso direito repele a desconstituição espontânea e automática do ato nulo. Por isto, os efeitos já produzidos permanecem até que o juiz competente se pronuncie para manter ou revogar a cautela inicial. Aliás, há inúmeras situações, em particular entre as Justiças comum e federal, em que a definição da competência (absoluta, no caso) se revela extremamente controvertida e difícil. Não é justo que a tutela do direito ou do interesse da parte fique sufocada pelo tecnicismo legal ou jurisprudencial, na busca do acerto sobre competência, muitas vezes surgido só após laborioso conflito.” Pelo exposto, com fundamento no artigo 557, “caput” do Código de Processo Civil, não conheço o presente agravo, e, de ofício, determino a remessa

Há quem defenda, em sede doutrinária, que a ausência insuperável do juiz competente para a apreciação de uma medida urgente, cujo transcorrer do tempo importaria sua natural ineficácia, autoriza a parte interessada a buscar a tutela jurisdicional com qualquer juiz, mesmo o incompetente³⁰⁴.

Voltando à questão da legalidade da ratificação, ou sua compatibilidade com o texto do art. 113, § 2.º, do CPC, desde que lhe seja dada uma interpretação conforme ao princípio da eficiência, observamos que alguns autores sustentam que, apenas em caso de incompetência relativa, devem ser mantidos os atos decisórios proferidos pelo juiz³⁰⁵.

Porém, essa solução também não decorre do texto expresso da lei; procura-se interpretar o sistema sob a concepção de que a competência relativa protege apenas os interesses particulares das partes e não a “ordem pública” - na linha dos autores mencionados, ou então porque o art. 113, § 2.º do CPC refere-se apenas à incompetência absoluta e não à relativa, sendo a ratificação possível na medida em que atende ao “princípio da economia processual”³⁰⁶.

dos autos do mandado de segurança à Justiça Federal, 1.ª Subseção - São Paulo, aos quais deverá ser apensado este instrumento, observadas as formalidades legais.”

³⁰⁴ É o pensamento de Carlos Alberto Carmona, expressado em aulas no Curso de Pós Graduação *strictu sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 2008.

³⁰⁵ “Oposta exceção de incompetência, sendo o pedido do excipiente acolhido, os autos devem ser remetidos ao juízo competente (indicado na petição da exceção). Os atos praticados pelo juiz relativamente incompetente devem ser mantidos, ou seja, não devem ser considerados nulos, como na hipótese de incompetência absoluta (art. 113, § 2.º, do CPC). Nessa esteira a lição dos Professores Nelson Nery Junior e Rosa Nery: “Diferentemente da incompetência absoluta que, se reconhecida, enseja a anulação dos atos decisórios praticados pelo juiz absolutamente incompetente (CPC 113 § 2.º), as decisões proferidas pelo juízo relativamente incompetente devem ser mantidas, inclusive a que determinou a citação, que continua com a eficácia de obstar a decadência e/ou interromper a prescrição (CPC 219, caput, in fine).” (PIZZOL, Patrícia. A competência no processo civil. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2003; pp. 397-398.) Essa citação de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery pode ser visualizada na obra *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, 9. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006; p. 506, comentário ao artigo 311 do CPC.

³⁰⁶ Como decidiu o extinto 2.º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo no julgamento do Agravo de Instrumento n.º 668907-00/9, Rel. Juiz Gilberto Santos, julgamento em 04/12/2000: “Trata-se de agravo de instrumento em ação de reintegração de posse de veículo objeto de contrato de arrendamento mercantil, tirado contra a r. decisão de fls. 38/39 que diante do acolhimento da exceção de incompetência, revogou a liminar concedida e determinou a remessa dos autos à Comarca de São Caetano do Sul, impondo à excepta as custas decorrentes do incidente. (...) Contudo, em que pesem os argumentos do MM. Juiz “a quo”, a r. decisão merece ser reformada, “data venia” Com efeito, proposta a ação possessória, devido ao inadimplemento do réu, e presentes os requisitos, foi deferida (fls. 25) e cumprida a liminar reintegratória de posse do veículo,

A ratificação é admitida sem estar expressamente prevista na lei e deve mesmo ser admitida na grande maioria dos casos, como no que fora mencionado em nota de rodapé.

Ocorre que isso nem sempre poderá ocorrer, seja a incompetência absoluta ou relativa. Veja-se que a parte, quanto aos seus direitos envolvidos no litígio, pode ser muito mais prejudicada com uma incompetência relativa do juízo do que com eventual incompetência absoluta; basta pensar num morador da cidade de São Paulo que se vê envolvido num processo que tramita indevidamente em Manaus, cujos custos de transporte e hospedagem para o acompanhamento da causa tornam impeditiva a sua defesa. O indeferimento da exceção de incompetência, neste caso, traz séria lesão aos seus direitos fundamentais de contraditório e ampla defesa, certamente inseridos na órbita de uma “ordem pública”. Se a incompetência relativa desse juiz tiver sido reconhecida apenas em grau de recurso e o feito já estiver julgado, o direito da parte, manifestado a tempo e modo devidos pela exceção, perderia seu substrato.

Por isso, desde que oposta a exceção de incompetência a tempo e modo devido, a solução deve ser a mesma: decreta-se a nulidade dos atos decisórios, sem prejuízo

com o depósito do bem em mãos da agravante, conforme o auto acostado a fls. 32. O agravado, na mesma oportunidade, foi citado para os termos da ação Argüiu ele exceção de incompetência relativa, conforme faculta o artigo 112 do Código de Processo Civil, seguindo-se o procedimento determinado pelos artigos 307 e seguintes do mesmo Diploma, ficando ainda o processo principal suspenso até o seu julgamento definitivo (art. 306, CPC). No caso, a exceção foi julgada procedente, com determinação de remessa dos autos ao juiz competente (art. 311, CPC). Entretanto, os atos até então praticados deveriam ter sido mantidos, pois nos termos do que dispõe o artigo 113, parágrafo 2o, do Código de Processo Civil, somente são considerados nulos os atos decisórios proferidos por juízo absolutamente incompetente. Os demais ficam preservados, com base no princípio da economia processual, que impõe o aproveitamento dos atos a fim de tornar o processo mais célere, desde que respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa. A propósito, vale transcrever lição de JOSÉ JOAQUIM CALMON DE PASSOS: "Sempre entendeu a melhor doutrina que entre o princípio do juiz legitimado para a causa e o risco do dano irreparável ou de incerta e difícil reparação, para efeitos cautela res. devia ceder aquele em favor deste. De sorte que, mesmo não sendo competente para a causa, deve-se aceitar a legitimação extraordinária do juiz mais adequado para evitar o dano irreparável, no caso do periculum in mora, reservando-se para o juiz competente o ratificar ou não a medida cautelar deferida. E a solução que nos parece adequada na hipótese." (in Comentários ao Código de Processo Civil, 8a ed., Forense, vol. III, 1998, pág. 296). De resto, cumpre ponderar que, no caso, a efetivação da liminar comporta reversibilidade, porque pode a coisa, ou outra equivalente, ser devolvida à parte ré, tanto que se rejeite a demanda, ou mesmo antes, se sobrevierem razões que bastem à revogação da decisão. Ante o exposto e pelo mais que dos autos consta, dou provimento ao recurso, reformando em parte a r. decisão agravada, para o fim de manter por enquanto a liminar reintegratória concedida."

da possibilidade de sua ratificação³⁰⁷; caso verificada a possibilidade de lesão ao direito ao contraditório e à ampla defesa, o juiz competente não deve ratificar os atos decisórios e deve também refazer os atos instrutórios, uma vez que a parte não pode ser privada de seus direitos constitucionais por situação a que não deu causa.

Chegamos a um ponto fundamental que norteia a possibilidade de ratificação: a ausência de prejuízo, tanto pela observância dos direitos constitucionais das partes como pela concordância do juízo competente quanto ao conteúdo dos atos decisórios.

Quando o juiz faz a pronuncia de nulidade no processo, ele deve declarar expressamente quais atos são atingidos, ordenando as providências necessárias para que sejam repetidos ou retificados; todavia, não se deve repetir o ato, nem suprir a sua falta, quando a nulidade não prejudicar a parte (CPC, art. 249). Se não há prejuízo à parte em decorrência do vício de incompetência, tanto pelo direito de defesa como pelo conteúdo da decisão proferida, segundo o entendimento do juízo reputado competente, não há necessidade de repetir os atos decisórios, proferindo outros em seu lugar; basta ratificá-los. E, ainda que se entenda que o ato decisório era desnecessário mas sua determinação foi cumprida e exaurida, ou se causou algum prejuízo, mas sua consumação for irreversível, de nada adiantará declarar a nulidade de tais atos³⁰⁸.

³⁰⁷ A ratificação, ao nosso ver, foi corretamente realizada no julgamento referido na nota de rodapé anterior, eis que a liminar seria deferida apenas com os documentos acostados na petição inicial, *inaudita altera pars*, não havendo prejuízo decorrente deste ato decisório ter sido proferido por juízo incompetente.

³⁰⁸ Neste sentido o entendimento de Gelson Amaro de Souza: “A nulidade dos atos decisórios deve se analisada frente aos artigos 243 e seguintes, mormente o artigo 249, § 2o, que afirma que os atos não serão nulos, quando puder decidir a favor da parte que a nulidade aproveita. Outro aspecto também é de ser observado, existem atos decisórios que por questão prática ou lógica, não mais poderão ser anulados. Acaso o juiz decidiu pelo indeferimento da produção de determinada prova (ato decisório) e o objeto da prova desapareceu e o local foi alterado a ponto de não mais poder produzi-la. De nada adianta anular-se este ato porque já produziu seus efeitos. Acaso for ato decisório deferitório da perícia e esta já estiver realizada, também de nada adianta anular-se este ato. Também se o juízo incompetente determina (decide) a suspensão do processo, e este fique paralisado por determinado tempo, de nada adianta a anulação deste ato porque o tempo perdido não se recupera. A seguir estes exemplos, outros poderão ser alinhados: Imagina-se, o caso de uma decisão pelo juízo incompetente que indefere a oitiva de uma testemunha e esta depois vem a faceler. Com o falecimento a testemunha não mais poderá ser ouvida e a anulação do ato indeferitório de nada vai adiantar. O prejuízo que já se estabeleceu jamais vai ser recuperado. Pode-se concluir que a norma do art. 113, § 2o, do CPC, não conflita com a norma do art. 122, CPC, ambas se completam. Por essas normas vê-se que nem todo ato decisório do juízo incompetente será nulo. Anula-se, somente quando isso se tornar necessário em razão de eventual prejuízo à parte (arts. 244 e 249, § 2o, do CPC) e mesmo assim quando esse

Portanto, não havendo espaço para a fungibilidade ou possibilidade de flexibilização do sistema legal, sendo o caso de reconhecimento da incompetência absoluta ou relativa, quando o juiz assim procede deverá declarar expressamente que todos os atos decisórios já praticados permanecerão com sua eficácia íntegra, até serem ratificados, ou não, pelo juízo competente³⁰⁹. Este, por sua vez, deve declinar expressamente se ratifica ou não os atos decisórios já proferidos, apresentando as razões e conseqüências dessa sua postura. Premida pela realidade, há decisões judiciais admitindo a ratificação dos atos decisórios, inclusive em caso de incompetência absoluta³¹⁰.

6. Conclusões deste capítulo

1. Razões de política legislativa determinam o desdobramento da função jurisdicional entre diversos órgãos do Poder Judiciário, dando origem, com isso, às regras de competência. Uma dessas razões consiste em prover melhor *eficiência* na distribuição

prejuízo puder ser recuperado. Quando não for mais recuperável o prejuízo de nada adianta anular o ato decisório." (idem)

³⁰⁹ Esse procedimento foi adotado pelo TJSP no julgamento dos Embargos de Declaração n.º 804.070.5/0-01, Rel. Des. Pires de Araújo, 11.ª Câmara de Direito Público, julgado em 13 de outubro de 2008. Confira-se trecho do voto do relator: "É certo que, a rigor, os atos decisórios proferidos pelo juízo absolutamente incompetente, são nulos, posto que deve incidir a regra do artigo 113, § 2º, do CPC "Declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente." Contudo, convém lembrar que, embora se trate de incompetência absoluta, a mesma foi reconhecida pelo juízo a quo em decisão que analisou pedido liminar em mandado de segurança, razão pela qual, face a urgência, recomenda-se a manutenção da medida liminar até que possa ser apreciada pelo juiz competente, que, então, poderá decidir pela sua ratificação ou revogação."

³¹⁰ "Desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada deferida pela Justiça Federal (decisão irrecorrida) e ratificada pela Justiça Estadual - Inexistência de afronta ao disposto no art. 113, § 2º, do CPC - Decisão mantida" TJSP, Agravo de Instrumento n.º: 568.084-4/0-00, julgado em 26/06/2008, Rel. Des. Salles Rossi colhendo-se do seu voto: "(...) Ainda segundo a agravante, a r. decisão recorrida que determinou a desconsideração de sua personalidade jurídica é nula, já que proferida pela Justiça Federal (que após, declarou-se incompetente para conhecer da ação). Assim, os atos praticados por Juízo incompetente são nulos (em especial no que se refere a desconsideração da personalidade jurídica), conforme artigo 113, § 2º, do CPC. (...) Quanto à desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada (e aqui agravante), a mesma decorre de decisão irrecorrida proferida pela Justiça Federal (fls. 53/58), ratificada pela Justiça Estadual, não havendo, por conta disso, afronta ao disposto no artigo 113, § 2º, do CPC. Se de um lado se extrai da leitura do referido dispositivo legal que os atos decisórios praticados pelo Juízo incompetente são nulos, de outro, nada impede que tais atos sejam ratificados pelo Juízo competente. Acerca do tema, merecem destaque as seguintes considerações extraídas de minucioso estudo publicado na RT 833/82, de autoria do Mestre GELSON AMARO DE SOUZA, que bem elucida a questão. Confira-se (...) À vista de tais considerações, não há motivos para que a execução continue se prolongando, salientando que a desconsideração da personalidade jurídica foi deferida no ano de 2005 (em decisão irrecorrida, como já observado), produzindo efeitos desde então, sendo incabível a anulação do quanto decidido a esse respeito, eis que a execução prosseguiu na Justiça Estadual no estágio em que se encontrava (o que implica na ratificação dos atos e decisões anteriores)."

dos trabalhos, provendo os resultados da função jurisdicional de rapidez, efetividade e segurança, ao menor custo possível de recursos humanos e materiais. Fica nítida, desta forma, a relação do tema com o princípio constitucional da eficiência.

2. As razões legislativas acima aduzidas produzem as regras de competência. Estas, por sua vez, determinaram diferentes critérios de distribuição dos trabalhos. Assim, temos a competência em razão da hierarquia, a competência em razão da matéria ou da pessoa (dita competência de “jurisdição”³¹¹), a competência em razão do valor e a competência em razão do território.

3. Esses critérios, por sua vez, estruturam dois diferentes regimes da competência jurisdicional, marcando uma dualidade: a competência relativa e a absoluta. Incompetência absoluta é tratada como matéria de ordem pública, que diz respeito ao interesse público, não podendo ser admitida nem tolerada sob pena de grave prejuízo ao Judiciário. As regras de competência relativa são consideradas como atinentes apenas ao interesse das partes, daí derivando uma diferença normativa no tratamento de seus efeitos.

4. A competência relativa: a) pode ser objeto de modificação pela vontade das partes; b) não pode ser reconhecida de ofício, mas apenas com a alegação da parte interessada, pela via da exceção de incompetência; c) ocorre preclusão se não alegada pela parte interessada no momento processual oportuno; d) prorroga-se a competência do juízo caso não seja feita esta provocação, convalidando o vício da sua inobservância³¹².

³¹¹ Esta nomenclatura de “competência de jurisdição” nos parece inapropriada, uma vez que a jurisdição é uma e indivisível, sendo o poder de “declarar” o direito ao caso concreto, enquanto que a competência são regras para a distribuição dos trabalhos de cada órgão jurisdicional. Todo órgão judiciário exerce jurisdição, que deve se ater aos limites da sua competência. Todavia, sendo consagrada na doutrina, usaremos a mesma, com a observação de que se refere às diversas “Justiças” presentes no texto constitucional: Estadual, Federal, Militar, Eleitoral e do Trabalho.

³¹² “As regras de competência podem ser imperativas e cogentes ou apenas dispositivas. No primeiro caso, devem ser conhecidas pelo juiz, de ofício, e não podem ser objeto de derrogação pelas partes em nenhuma circunstância. Essas normas instituem a competência absoluta. Há, no entanto, aquelas de cunho dispositivo, que estão sujeitas ao exclusivo alvedrio das partes. São sujeitas a prorrogação e derrogação, porque a incompetência relativa não pode ser conhecida de ofício pelo juiz, devendo ser alegada pelo réu por meio de exceção, no prazo de contestação. Além disso, a competência relativa pode ser alterada pela vontade das partes por meio da eleição de foro.” (GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2004; p. 54)

5. A competência absoluta: a) não pode ser derogada pela vontade das partes; b) pode ser alegada e reconhecida a qualquer tempo e grau de jurisdição, devendo também ser decretada de ofício pelo juiz; c) é improrrogável, não havendo preclusão nem para as partes e nem para o juízo; d) sua inobservância é causa de nulidade absoluta do processo, sendo possível, inclusive, a desconstituição da sentença transitada em julgado proferida por juiz absolutamente incompetente, pela via da ação rescisória.

6. As conseqüências de se atribuir a pecha de nulidade absoluta a todas as decisões de um processo proferidas por juiz absolutamente incompetente são drásticas, implicando muitas vezes a perda de anos de trabalho jurisdicional. Esse procedimento encarna um golpe ao princípio da eficiência que só pode prevalecer se sustentado por outras normas de estatuta constitucional, cujos valores e interesses protegidos justifiquem a desconsideração do valor constitucional da eficiência, com tamanha lesão ao seu núcleo fundamental. Por isso, há necessidade de se rever conceitos, dogmas, regras e valores legais que envolvem o sistema de distribuição de competências.

7. Em linhas gerais, a doutrina considera que os critérios da hierarquia e da competência de jurisdição (este último ligado à matéria ou à pessoa) estão ligados ao regime da competência absoluta, enquanto que os critérios do valor e do território estariam ligados ao regime da competência relativa. O critério do valor, contudo, comportaria o seguinte detalhe: seria hipótese de incompetência absoluta do juízo que processasse causa de valor superior à sua alçada, conquanto de incompetência relativa do juízo que processasse causa de valor inferior à sua alçada. A legislação adota este esquema, também como regra geral.

8. É preciso investigar qual o valor juridicamente protegido para a instituição de diferentes critérios de competência, que são conectados e analisados em cotejo com os dois regimes legais de competência, a absoluta e a relativa. Isso porque, ao disciplinar as conseqüências jurídicas no âmbito do processo decorrentes da inobservância das regras de competência, a legislação não pode se furtar à observância dos valores que inspiraram a divisão funcional do Poder Judiciário na Constituição, mas também deve aquilatar os

direitos fundamentais das partes litigantes no processo e o princípio constitucional da eficiência.

9. Não se pode retirar da parte o direito de alegar o vício de incompetência absoluta, ainda quando a causa seja de conteúdo patrimonial e disponível, uma vez que o juízo competente será, via de regra, o mais apto à apreciação da causa. Todavia, quando as regras de competência forem instituídas com o único propósito de aumentar a eficiência do sistema processual, e por isso garantir eficiência às partes na tutela processual, será preciso averiguar se a pecha de nulidade absoluta dada pela lei não trará efeito inverso ao pretendido, isto é, crise intolerável na eficiência da prestação jurisdicional

10. Os valores que inspiram o critério da hierarquia justificam o sacrifício do princípio da eficiência na prestação jurisdicional. Não se concebe que órgão jurisdicional de instância inferior possa julgar causa acometida expressamente a órgão jurisdicional de instância superior, como seria a esdrúxula situação de qualquer juízo ou tribunal, que não o STF, julgar ação direta de inconstitucionalidade em face de legislação federal. O máximo que se pode consentir é que o órgão judiciário superior venha a ratificar, com a sua autoridade, a decisão tomada pelo órgão judiciário inferior, atribuindo-lhe efeitos por tal decisão de ratificação. Não há nenhum reparo a fazer ao regime legal de competência absoluta que norteia este critério

11. A divisão de competência entre Justiça Estadual e Justiça Federal fez sentido em momento histórico do passado, dizendo mais respeito à tradição institucional do que a qualquer outro valor digno de tutela. O Poder Judiciário é uno e indivisível. Não se justifica abrupto demérito ao princípio da eficiência, com a perda de anos de trabalho jurisdicional, só pelo fato de uma causa ter tramitado indevidamente junto à Justiça Federal ou Estadual, principalmente a parte interessada não se manifestou prontamente nesse sentido.

12. Neste caso, deve-se conferir interpretação conforme à Constituição para os artigos 111, 113 e 485, II, do CPC, devendo-se permitir ao réu que invoque a incompetência, desde que o faça no corpo da contestação ou até a decisão de saneamento

do feito, devendo o juiz também invocá-la de ofício, mas desde que o faça até a decisão de saneamento, ou nela mesma, e não depois, quando já iniciada a fase instrutória. Os tribunais, por sua vez, devem se abster de apreciar essa questão de ofício, mormente quando o feito já recebeu sentença em primeiro grau de jurisdição.

13. Não tendo havido tempestiva provocação quanto à incompetência absoluta, nem tendo o juízo de primeiro grau se declarado sua incompetência de ofício por ocasião do despacho saneador, não deve ser conhecida e nem admitida qualquer alegação de nulidade processual com fulcro na incompetência absoluta do juízo, quanto à divisão da Justiça Comum entre Justiça Estadual e Justiça Federal. Esta conclusão tem sua fonte normativa no art. 37, caput, e art. 5.º, LXXVIII, ambos da Constituição Federal, de modo que, nada sendo alegado pela parte interessada até o saneamento do feito, fica vedado ao juiz reconhecer sua incompetência absoluta, devendo ser flexibilizado o comando do artigo 113 do CPC para evitar ofensa ao princípio da eficiência, em todos os seus aspectos..

14. Esta proposta não implica qualquer lesão ao princípio do juiz natural, que se presta à proteção da imparcialidade do juiz. Não basta mais alegar, genericamente, que a competência absoluta atende ao interesse público, uma vez que este interesse pode consistir na racionalização dos trabalhos a fim de lhe imprimir eficiência. Todavia, se não houver uma razão superior e específica que justifique a drástica consequência de imputação irremediável de nulidade a todos os atos decisórios do processo, a eficiência perseguida estará ameaçada. É uma tragédia tão grande quanto comprar uma arma para a defesa da família que, indevidamente manuseada, gera um disparo letal a um dos seus membros.

15. Há precedente específico do Supremo Tribunal Federal no qual, em nome da segurança jurídica – um dos aspectos do princípio da eficiência, admitiu-se a validade de atos processuais, decisórios ou não, praticados em múltiplos processos perante autoridade judiciárias absolutamente incompetente. Sempre que houver mudança da jurisprudência relativa à incompetência, deve-se considerar válidos todos os atos praticados perante o juízo competente, emprestando efeitos meramente prospectivos ao novel entendimento.

16. A criação da Justiça do Trabalho está ligada a uma causa histórica, devido ao populismo que marcou o governo ditatorial de Getúlio Vargas. Atualmente, a divisão de uma causa entre a Justiça Comum e a Justiça do Trabalho tem como seu principal fundamento a especialização na atividade jurisdicional, que é uma das técnicas para lhe conferir *eficiência*, tornando-a mais célere, efetiva e segura, sob a perspectiva de padronização de entendimentos, provimentos e procedimentos. Não se pode perder de mira este *objetivo*, uma vez que, na maioria dos casos, a decretação de nulidade absoluta pelo fato de uma causa ter sido processada indevidamente em órgão jurisdicional incorreto trará muito mais denegação à *eficiência* do que simplesmente convalidar os atos processuais e as decisões já tomadas.

17. Por isso, aplica-se o mesmo raciocínio da conclusão n.º 12, se uma causa tiver sido decidida pela Justiça Comum quando deveria tê-lo sido pela Justiça do Trabalho. Devido à generalidade das causas que estão sob o crivo da Justiça Comum, bem como pela possibilidade de julgarem, em primeiro de jurisdição, por delegação legal, causas da competência da Justiça do Trabalho (CF, art. 112), não se deve acolher a alegação de nulidade absoluta se não tiver havido tempestiva provocação da parte interessada quanto à incompetência absoluta, nem tendo o juízo de primeiro grau se declarado incompetente de ofício, seja na primeira audiência ou no despacho saneador.

18. Na mesma toada, se uma causa for de competência da Justiça Comum e tiver sido processada na Justiça do Trabalho, a nulidade absoluta deve ser afastada se o mérito da causa for de direito privado e disponível, ou ainda se houver uma dúvida razoável e objetiva sobre o enquadramento da causa quanto à sua competência jurisdicional. Todavia, a via inversa não é totalmente possível. Se a causa envolver questão de direito público ou direito indisponível, não havendo margem para a aplicação da fungibilidade, aí a nulidade deverá ser decretada, uma vez que a especialização atinente à Justiça do Trabalho tocará em interesses manifestamente caros ao sistema jurídico e que transcendem a órbita particular das partes envolvidas.

19. A flexibilização da competência só será possível se não tiver havido oposição da parte até a decisão de saneamento, ou até a primeira audiência na Justiça do Trabalho.

20. Os fatores que justificam a instituição da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral não se cingem a uma simples especialização de trabalho, uma vez que ambas estão vocacionadas à apreciação de interesses constitucionalmente qualificados que transcendem o aspecto puramente patrimonial e disponível. No caso da Justiça Militar, há um tratamento peculiar à instituição castrense, pela circunstância de se tratar de Forças Armadas, organizadas sob um rígido esquema de hierarquia e disciplina (CF, art. 142); no caso da Justiça Eleitoral, há o envolvimento de valores políticos fundamentais da democracia participativa, estando em jogo todo o sistema de distribuição do poder popular (CF, art. 1.º). Por isso, a flexibilização das regras de competência só será possível em termos de fungibilidade, quando houver uma dúvida objetiva sobre qual o juízo competente, posta em termos razoáveis e plausíveis, que segregue a jurisprudência.

21. A incompetência em razão da matéria ou da pessoa, dentro de um mesmo ramo do Poder Judiciário (uma das “Justiças”), feita com a criação de Varas Especializadas por ato administrativo dos Tribunais ou pelas leis de organização judiciária, deve ser encarada sob o prisma da mera especialização funcional, destinada à obtenção de maior eficiência na prestação da tutela jurisdicional. Por isso, deve ter o tratamento inerente à flexibilização do regime da competência: esta se prorroga não sendo o vício tempestivamente alegado pelas partes ou invocado pelo Juízo.

22. O vício gritante de incompetência absoluta ou relativa, claramente perceptível, pode indicar a colusão das partes com o objetivo de se valerem do Poder Judiciário para a obtenção ou a realização de algo ilícito, eventualmente com a participação dolosa do juiz. Nesses casos, a flexibilização não poderá prevalecer, podendo ser suscitada a incompetência absoluta de ofício pelo Tribunal competente, nos termos do art. 129 do CPC. A ausência de um mínimo de dúvida quanto à competência influirá neste sentido.

23. Deve haver uma espécie de fungibilidade em matéria de competência, de modo que, havendo dúvida objetiva na doutrina e na jurisprudência sobre qual o juízo competente para apreciar determinada matéria, não se deve decretar a nulidade de um processo porque a parte tenha escolhido um deles, numa opção razoável e plausível. Este princípio vale indiscriminadamente para qualquer critério que envolva a divisão de competências entre órgãos jurisdicionais.

24. Quando o juiz se declara absolutamente incompetente, não tem poder para decretar a nulidade dos atos decisórios já proferidos. Cabe-lhe apenas remeter os autos ao juízo reputado competente, o qual poderá convalidar e ratificar todas as decisões do Juízo incompetente, com efeitos *ex tunc*. A falta de ratificação exigirá fundamentação idônea e específica, calcada ou na existência de prejuízo aos direitos fundamentais das partes, inerentes ao devido processo legal, ou na discordância do juízo competente quanto ao teor da decisão proferida pelo incompetente, por contrariá-la em seu mérito.

Capítulo III

O princípio da eficiência em breves considerações sobre o sistema recursal

1. O princípio da eficiência e o duplo grau de jurisdição

Abordamos a relação do princípio da eficiência com outros princípios constitucionais, quando realçamos seu caráter relativo, bem como salientamos as suas relações com as regras processuais, criando regras (função “normogenética”), influenciando na sua interpretação ou invalidando aquelas que sacrificam a eficiência sem nenhuma contrapartida relevante para outros valores constitucionais.

Neste momento parece oportuno abrir um tópico para tratar especificamente da relação do princípio da eficiência com o duplo grau de jurisdição, primeiro porque traz à tona a relação entre segurança (nesta modalidade de decisão mais justa, mais conforme ao sistema) e celeridade, objeto das considerações do primeiro capítulo; segundo porque entendemos que não há um princípio de duplo grau de jurisdição, de modo que não poderia falar da sua relação normativa com o princípio da eficiência, que não pode ser relativizado em contraponto com o que não existe; terceiro porque o tema reveste-se de uma polêmica e de uma importância que justificam um exame em separado.

A doutrina aponta duas razões fundamentais para a existência dos recursos: “a) a reação natural do homem, que não se sujeita a um único julgamento; b) a possibilidade de erro ou má-fé do julgador.”³¹³,

³¹³ Assim ensina Humberto Theodoro Júnior, que neste ponto transcreveu e acolheu lição de Gabriel Rezende Filho. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1. 46. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 621). José Carlos Barbosa Moreira captou bem a dicotomia que se põe na instituição de um sistema recursal: “Desde tempos remotos têm-se preocupado as legislações em criar expedientes para a correção dos possíveis erros contidos nas decisões judiciais. À conveniência da rápida composição dos litígios, para o pronto restabelecimento da ordem social, contrapõe-se o anseio de garantir, na medida do possível, a conformidade da solução ao direito. Entre essas duas solicitações, até certo ponto antagônicas, procuram os ordenamentos uma via média que não sacrifique, além do razoável, a segurança à justiça, ou esta àquela. Fazer inimpugnáveis quaisquer decisões, desde que proferidas, atenderia ao primeiro interesse, mas com insuportável detrimento do segundo; multiplicar ad infinitum os meios de impugnação produziria efeito diametralmente oposto e igualmente danoso. Ante a inafastável possibilidade do erro judicial, adotam as leis posição intermediária: propiciam remédios, mas limitam-lhes os casos e as oportunidades de uso.”

Segundo Luiz Fux, quanto ao primeiro aspecto, a experiência comum denota que o jurisdicionado, em regra, não se contenta com apenas uma aferição da validade da decisão: “O cidadão comum tranquiliza-se ao saber a possibilidade de revisão de sua derrota por um órgão superior composto de membros mais experientes, com competência para derrogar a decisão”; “Pertence à convicção popular que a segunda apreciação da causa é melhor do que a primeira, porque mais amadurecida³¹⁴”. Quanto ao segundo aspecto, afirma Gilson Delgado Miranda: “considerando a vulnerabilidade dos juízes ao cometimento de erros e injustiças variados, é próprio da natureza humana, assim, exigir a possibilidade de se reexaminar o ato decisório.³¹⁵”

Considerando a possibilidade de erro ou má-fé do julgador, o argumento não convence, porque a decisão recorrida poderá ter sido correta e a sua reforma em nível recursal é que terá sido equivocada, se é que se pode admitir decisões “certas” ou “erradas”. Do mesmo modo, o julgador de primeira instância pode ter sido absolutamente imparcial e honesto em seu proceder, vindo a decisão a ser reformada pela postura inversa dos julgadores do recurso. Nada garante que a decisão revisora esteja mais afinada com a Lei ou a Justiça, ou que o julgadores de recursos sejam mais honestos e cuidadosos que o primeiro julgador da causa.

Quanto à premissa de que, sendo o inconformismo inerente à natureza humana, o cidadão comum não se contentaria com apenas uma decisão, ou com a primeira decisão, justificando-se assim uma nova análise do caso por outra turma julgadora, também não se sustenta.

Não se trata de termos um povo mais ou menos conformado com decisões de autoridade. O fato é que, se uma pessoa estiver absolutamente convicta de que tem razão e decisão justa será exclusivamente aquela em seu favor, não é a existência do recurso em si ou do reexame da matéria que a deixará mais conformada com a derrota judicial. Essa

(MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 187.)

³¹⁴ FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 932

³¹⁵ MIRANDA, Gilson Delgado. *Código de Processo Civil interpretado*. Antonio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004, p. 1513

pessoa sempre terá a sensação íntima de que o Poder Judiciário, como instituição, apreciou mal a sua causa, seja pela deficiência na reconstrução teórica do fato empírico da lide, seja pela imperícia na aplicação da Lei e do Direito, seja pela negação do que realmente seria “fazer justiça”.

A demora no processo não garante uma decisão mais justa ou melhor refletida, nem os sucessivos recursos garantem que a parte vencida irá se conformar com a decisão final. Embora seja plausível o raciocínio de que a reavaliação de uma decisão por órgão colegiado e mais experiente vai garantir uma análise mais refletida e ponderada de todos os seus aspectos, não se pode aferir com objetividade que a decisão da instância superior seja mais justa, nem que tenha sido produzida com toda essa cautela. Por outro lado, se a parte teimar que tem razão, seja pelo seu envolvimento emocional decorrente do interesse particular em disputa, seja pelo seu contato direto com a totalidade dos fatos da realidade, que quase sempre é levada decotada pela causas de pedir e depurada pela prova produzida nos autos do processo, com todas as limitações humanas inerentes à reconstrução dos fatos pela via probatória, raramente a fundamentação do juiz ou tribunal irá demover sua íntima sensação de ter sido injustiçada pela decisão.

Cumprе insistir que, quanto à má apreciação da causa pelas suas controvérsias de ordem fática, isso é bem possível de acontecer porque o juiz lida com provas para ter acesso ao fato que deu origem à lide entre as partes, ou seja, seu contato com o fato é indireto, por meio das alegações das partes e das provas produzidas, de modo que muitas vezes a reconstrução mental que fará do fato será deficiente ou imprecisa. Se testemunhas oculares de um fato, todas de boa-fé, muitas vezes divergem sobre seus aspectos relevantes, o juiz, com muito maior razão, tem séria dificuldade de visualizá-lo com precisão, sendo isso inerente à limitação da natureza humana; por sua vez, quando considerar um que um fato alegado não foi provado, deverá o juiz aplicar as regras processuais pertinentes à distribuição do ônus da prova, dada a vedação legal do *non liquet*.

Outrossim, em muitos casos a questão de direito material é tão complexa que a parte nem sabe exatamente qual a extensão do conflito. É o que sucede em lides

tributárias, nas quais os escritórios de advocacia especializados na matéria oferecem ao empresariado a possibilidade de discussão judicial quanto à validade de um tributo como se fosse um produto qualquer, sujeito a riscos (sucumbência) e eventuais vantagens (compensação ou restituição do indébito).

Outras tantas vezes, o conflito existe no plano sociológico mas uma das partes sabe que não tem razão, tendo deixado de satisfazer espontaneamente uma obrigação porque não tem condições momentâneas para fazê-lo, ou porque contraiu a obrigação já de má-fé, sem a perspectiva de cumpri-la, ou ainda porque se desentendeu com a outra parte e quer apenas lhe dar o trabalho cobrar o devido com a burocracia do Poder Judiciário.

Nesses dois últimos casos, a parte não se sentirá propriamente injustiçada com a decisão proferida, haja ou não recurso. No exemplo figurado do empresário que move ação relativa a tributo, caso em que a *questio juris* assume extrema complexidade técnica, a tal ponto de existir mais como um esgrimir de teses jurídicas do que propriamente como um embate sociológico do processo, o empresário sabe que perder no processo significa ter de arcar com o risco que assumiu. Não há uma inconformidade intrínseca como o sentimento pessoal de lhe ter sido denegada a justiça. No caso da pessoa agindo com a consciência de que está errada, ela se conformará com a decisão que lhe seja contrária e verá graça na que porventura lhe seja favorável, *pouco importando que a decisão final seja decorrente de uma primeira decisão ou de uma decisão proferida em grau recursal.*

Se o recurso não existisse, ou quando ele não existe, ou quando os recursos existentes já se exauriram, a parte prejudicada tem de se resignar com a decisão, vale dizer, pode até não se conformar com o seu conteúdo, mas tem de se conformar com a existência da decisão em si.

Voltando ao paralelo com o campeonato de futebol, o juiz da partida decide todas as controvérsias imediatamente, sem nenhum tipo de recurso. Pode-se reclamar que um time ganhou ou perdeu uma partida, até mesmo um campeonato, por causa de erro ou dolo do juiz, mas as pessoas se acostumam com isso porque sabem que essas são as regras do jogo, fazendo parte da vida tal vicissitude. Assim como o time perdedor pensa no próximo campeonato e toca a sua existência para frente, certamente as pessoas físicas e jurídicas terão a mesma postura com relação ao Poder Judiciário.

Em síntese, o recurso em si não garante uma decisão mais justa ou tecnicamente mais afinada a sistema jurídico; ainda que garanta, isso não trará conforto à parte vencida, cujo sentimento de injustiça poderá ser ainda mais intenso caso tenha experimentado uma vitória provisória, cassada pela decisão do órgão revisional. A par disso, se a parte que estiver absolutamente convicta de que tem razão em uma lide, só ficará plenamente conformada se a decisão judicial respectiva lhe for favorável. Se isso não ocorrer, haja ou não recurso, um ou mais deles, a pessoa continuará com a sensação de ter sido injustiçada.

Disso resulta que pode até ser conveniente a submissão de uma causa a mais de um grau de jurisdição em via recursal, para o fim de se buscar uma decisão mais justa, mais ponderada ou mais afinada ao sistema jurídico, mas a análise dessa conveniência fica sob a

discricionariedade técnica do legislador. Não há um princípio implícito de duplo grau de jurisdição, ao menos na área cível³¹⁶.

A Constituição não é expressa no sentido de acolher o duplo grau de jurisdição como garantia fundamental. No inciso LV do art. 5º, deixa garantidos “o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, mas alguém tem que definir as hipóteses de cabimento, requisitos, órgão julgador, efeitos e âmbito da devolutividade do recurso, tarefa acometida ao legislador processual. Mais além, ele é quem irá definir se uma decisão realmente comporta recurso, ou seja, se numa hipótese abstratamente figurada de decisão, a previsão de um recurso é inerente à garantia da ampla defesa³¹⁷.

Em síntese, é perfeitamente possível dentro do nosso sistema processual, que as causas sejam submetidas a julgamento de um único órgão jurisdicional, sem possibilidade de recurso, porque essa escolha legislativa está de conformidade com o princípio da eficiência quanto aos aspectos de celeridade e de segurança (como estabilidade) da decisão. Todavia, se o legislador optar pela criação de um recurso contra uma ou mais decisões, estará privilegiando técnica que entende mais consentânea à realização do valor justiça, atuando dentro do espaço legítimo de conformação do sistema processual por meio da lei³¹⁸.

³¹⁶ Na área penal, há um direito ao duplo grau de jurisdição em virtude do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Interamericana de Direitos Humanos), do qual o Brasil é signatário, dispõe em seu art. 8.º, n.º 2, letra “h”, como “garantias judiciais”, que “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: o direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.”

³¹⁷ Concordamos com Pedro Miranda de Oliveira: “Discussões doutrinárias à parte, no Brasil, hoje, não há garantia constitucional de duplo grau de jurisdição, mas mera previsão. Na verdade, a Constituição da República limitou-se apenas a mencionar a existência de tribunais, conferindo-lhes competência recursal. A Carta Magna de 1988 não garante o duplo juízo ilimitadamente, como o fez a do Império, de 1824, podendo o legislador infraconstitucional, dessa forma, limitar o direito de recurso em algumas hipóteses. Assim, não se tem por inconstitucional o dispositivo legal que determinar, em certos casos, a supressão do duplo grau, que é a regra vigente no sistema recursal brasileiro.” (OLIVEIRA, Pedro Miranda. *Princípios constitucionais do processo civil no âmbito recursal*. In Processo e Constituição, estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, coord. São Paulo: RT, 2006; p. 561.)

³¹⁸ Nesse sentido a bem desenvolvida posição de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart: “Quando a Constituição afirma que estão assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela

Precisamente pela inexistência de um duplo grau de jurisdição no processo civil, também não há, com maior razão, um duplo grau de jurisdição na esfera do contencioso administrativo tributário, na qual a atividade do fisco é vinculada e o prejudicado ainda pode se socorrer do Poder Judiciário para tentar invalidar qualquer decisão de lançamento de crédito da administração pública. Ir ao Poder Judiciário, nesse caso, já funciona naturalmente com o mesmo fim de um recurso, com a vantagem da imparcialidade que se garante à magistratura. É perfeitamente legítimo, portanto, que o legislador suprima qualquer recurso na instância administrativa, ou então que crie requisitos para o seu exercício, como a exigência de um depósito prévio de parte do montante lançado a título de tributo.

A inexistência de qualquer óbice à interposição de recursos na esfera administrativa abre espaço para protelações indevidas no desfecho de um ato administrativo de lançamento, deixando em aberto por longos anos uma pendência tributária. A indefinição de uma situação jurídica aliada ao excessivo lapso temporal na sua definição são fatores cancerígenos para o princípio constitucional da eficiência. A ampla defesa não sofre arranhão com a possibilidade do contribuinte recorrer, apresentando o depósito prévio, ou então buscar diretamente a ilegalidade do ato de lançamento junto ao Poder Judiciário.

inerentes, ela não está dizendo que toda e qualquer demanda em que é assegurada a ampla defesa deva sujeitar-se a uma revisão ou a um duplo juízo. Os recursos nem sempre são inerentes à ampla defesa. Nos casos em que não é razoável a previsão de um duplo juízo sobre o mérito, como nas hipóteses de causas denominadas de menor complexidade – que sofrem os efeitos benéficos da oralidade –, ou em outras, assim não definidas, mas que também possam justificar, racionalmente, uma única decisão, não há inconstitucionalidade na dispensa do duplo juízo. A ampla defesa – que se insere em uma perspectiva mais dilatada, que é a do devido processo legal – deve sempre ser pensada em confronto com o direito à tempestividade e à efetividade da tutela jurisdicional, que são corolários do direito de ação, também expressamente garantido no art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal. Ao legislador infraconstitucional, em outras palavras, é deferida a oportunidade de verificar quando é racionalmente justificável, em nome do direito constitucional à tempestividade da tutela jurisdicional, a dispensa do duplo juízo, por não ser o recurso inerente à ampla defesa. O art. 5.º, LV, da CF, quer dizer que o recurso não pode ser suprimido quando inerente à ampla defesa; e não que a previsão do recurso é indispensável para que seja assegurada a ampla defesa em todo e qualquer caso. ” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do Processo de Conhecimento. 5. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 512.

Essa era a antiga jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que reputamos acertada³¹⁹. Ocorre que, com a significativa mudança na composição da Corte nos últimos 08 (oito) anos, o entendimento mudou, sendo recentemente aprovada súmula vinculante nos seguintes termos: “É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo”³²⁰.

2. O princípio da eficiência e o novo conceito de sentença

O art. 162, § 1.º, do CPC, em sua redação original, dispunha que sentença é o ato do juiz que põe fim ao processo, com ou sem julgamento de mérito. O ato não era definido pelo seu conteúdo, mas sim pela sua finalidade, pela sua posição na ordem cronológica dos atos processuais como o ato que encerrava o processo, independente de enfrentar ou não o mérito da causa, independente do resultado da demanda. Não importava o conteúdo da resposta oferecida pelo Estado ao pedido formulado pelo autor; o que importava era a extinção do processo³²¹.

Esse dispositivo foi alterado pela Lei 11.232/2005 e passou a dispor que “sentença é o ato do juiz que implica uma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”. A partir dessa nova redação, abriram-se duas correntes de pensamento: (i) uma que propugna que a alteração foi simplesmente de redação, não havendo modificação da essência do conceito de sentença, que continua sendo o ato do juiz que extingue o processo

³¹⁹ Nesse sentido, dentre muitos outros: “Depósito para recorrer administrativamente. - Em casos análogos ao presente, relativos à exigência do depósito da multa como condição de admissibilidade do recurso administrativo, esta Corte, por seu Plenário, ao julgar a ADI 1.049 e o RE 210.246, decidiu que é constitucional a exigência desse depósito, não ocorrendo ofensa ao disposto nos incisos LIV e LV do artigo 5º da Carta Magna, porquanto não há, em nosso ordenamento jurídico, a garantia ao duplo grau de jurisdição.” (RE 357311/SP, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento 19/11/2002, DJ 21.02.2003, 1.ª turma); “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEPÓSITO PRÉVIO. PRESSUPOSTOS DE RECORRIBILIDADE. LEGITIMIDADE DA EXIGÊNCIA. Processo administrativo fiscal. Depósito de, no mínimo, trinta por cento da exigência fiscal como pressuposto de recorribilidade. Legitimidade. Precedentes. Agravo regimental não provido.” (RE 359801 AgR /SP, Re, Min. Maurício Correa, julgamento 17/12/2002, DJ 21.02.2003, 2.ª turma)

³²⁰ Conforme notícia veiculada no site do Supremo Tribunal Federal (www.stf.jus.br) do dia 29.10.2009, sob o título “Supremo aprova cinco novas súmulas vinculantes sobre temas diversos (Republicada)”

³²¹ “O CPC de 1973, em sua redação original, definiu a sentença como *o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, com ou sem julgamento do mérito*. Em detrimento do critério do conteúdo, prevaleceu o da repercussão do ato do juiz sobre a continuidade do processo. Independente de prover ou não sobre o mérito da

com ou sem resolução do mérito; (ii) outra que defende que a sentença poderá ser proferida ao longo do processo, desde que o ato implique uma das situações dos arts. 267 e 269 do CPC, vislumbrando a possibilidade da existência de sentenças parciais, como, por exemplo, o acolhimento da prescrição ou decadência de parte do pedido, a exclusão por ilegitimidade de um dos litisconsortes do polo ativo ou passivo, o indeferimento de parte da petição inicial por impossibilidade jurídica de um dos pedidos cumulados, ou ainda a procedência parcial de um dos pedidos, quando fosse possível o julgamento antecipado da lide quanto a eles, prosseguindo-se o feito pela necessidade de instrução quanto aos demais.

A discussão não é meramente acadêmica; ela traz importantes reflexos práticos. A grande virtude do sistema adotado pela redação original do CPC de 1973 foi sistematizar o sistema recursal, simplificando a visualização do recurso cabível, uma vez que se considerava arcaico, inoperante e atabalhado o sistema que vigia no antigo CPC de 1939³²². Assim, a opção pela primeira posição, no sentido de que sentença continua sendo o que era – ato do juiz que põe termo ao processo, com ou sem julgamento de mérito – traz a vantagem de manter intacta a clareza do sistema recursal, confortando com segurança as partes quanto ao recurso cabível para o ataque das decisões, bem como facilitar o trabalho da magistratura, quanto ao recurso que deve admitir, processar e julgar. Muitas dúvidas,

causa, sentença seria o ato que tivesse a aptidão de extinguir o processo.” (SANTOS, Nelson. *Código de Processo Civil Interpretado*. 3. ed. Antonio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Editora Atlas, 2008; p. 448)

³²² “No regime jurídico do CPC/39, os pronunciamentos do juiz eram definidos pelo seu conteúdo, que também definia sua recorribilidade. Como havia dúvidas sobre a natureza de muitos pronunciamentos do juiz – os mais polêmicos eram os que decretavam a prescrição e a decadência –, não eram raros os casos em que não se sabia qual o recurso correto cabível na hipótese. Daí porque o CPC/39 possuía dispositivo expresso adotando os princípios da *fungibilidade* (CPC/39 810) e da *variabilidade* (CPC/39 809) dos recursos, de modo a não prejudicar a parte pela dificuldade em identificar o recurso cabível. O CPC vigente procurou solucionar o tormentoso problema que afligiu os profissionais do Direito e tribunais por mais de trinta anos e modificou o critério para definir os pronunciamentos do juiz: no lugar do conteúdo adotou a finalidade, isto é, se o ato tivesse por finalidade extinguir o processo, seria sentença. Essa é a razão pela qual o legislador do CPC não repetiu, expressamente, a regra da fungibilidade do CPC/39 810, pois teve a pretensão de que o sistema seria perfeito nesse particular, no que foi secundado pela doutrina imediata. O sistema recursal do CPC melhorou, sobretudo, relativamente ao sistema do CPC/39. No entanto, como ainda pairavam algumas dúvidas, a doutrina e a jurisprudência passaram a admitir a fungibilidade dos recursos em casos de dúvida objetiva sobre qual o recurso cabível. (NERY JUNIOR, Nelson. *Conceito sistemático de sentença: considerações sobre a modificação do CPC 162, §1.º, que não alterou o conceito de sentença*. In *Processo Civil, Novas Tendências, Homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008; p. 527).

perplexidades e dificuldades surgiriam no enquadramento de certas decisões como sentença ou decisão interlocutória, causando gravame à facilidade de operação no processo³²³.

Além disso, afirma-se que a existência de múltiplas apelações causaria tumulto ao processo, na medida em que elas são apresentadas nos próprios autos que, depois do prazo de resposta do apelado e do juízo de admissibilidade positivo, são encaminhados à instância superior, suspendendo-se a eficácia da decisão de procedência até o julgamento do recurso. Seria um suicídio à celeridade processual se, a cada apelação, os autos fossem submetidos à apreciação do órgão judiciário de revisão *ad quem*³²⁴.

Por outro lado, os arautos da segunda posição vislumbram na primeira o apego doutrinário a um anacronismo, avesso a mudanças legislativas, afirmando que a mudança legislativa do conceito não pode ser ignorada, contemplando a idéia de conteúdo como inerente ao conceito de sentença³²⁵; sustentam, outrossim, que admitir as sentenças

³²³ “Os avanços trazidos pelo método adotado na redação originária do CPC, em vigor desde 1974, que simplificaram o sistema recursal, porque os pronunciamentos do juiz eram definidos apenas pela sua finalidade, não podem sofrer retrocesso, caso se interprete a nova redação do CPC 162, § 1.º, de forma literal e isolada do sistema, para definir sentença apenas pelo conteúdo do ato judicial. Isso seria voltar ao complicado sistema do CPC/39, configurando verdadeira involução do sistema processual civil brasileiro. (NERY JUNIOR, Nelson. *Conceito sistemático de sentença: considerações sobre a modificação do CPC 162, §1.º, que não alterou o conceito de sentença*. In *Processo Civil, Novas Tendências, Homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008; p. 527). No mesmo sentido: SANTOS, Nelson. *Código de Processo Civil Interpretado*. 3. ed. Antonio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Editora Atlas, 2008; p. 449.

³²⁴ “O procedimento da apelação, recurso cabível contra sentença, foi estruturado a partir da premissa de que a instância já se encerrara. O do agravo, recurso cabível contra decisão interlocutória, pressupõe que o procedimento continua em primeira instância. Uma interpretação literal do § 1.º do art. 162 poderia levar o aplicador a entender cabível uma apelação contra a decisão que indefere parcialmente a petição inicial, pois é decisão que se relaciona ao art. 267 do CPC – e, assim, de acordo com a literalidade da lei, seria sentença, portanto apelável (art. 513 do CPC). Quem tem um mínimo de experiência perceberá a inviabilidade da apelação em tais situações: como os autos poderão subir ao tribunal, se o procedimento ainda há de prosseguir para a solução do restante do objeto litigioso? A alteração do §1.º do art. 162 do CPC não alterou o sistema recursal brasileiro. É preciso que o intérprete perceba isso, caso contrário essa opção legislativa terá um grave efeito colateral de criar discussões jurisprudenciais/doutrinárias bizantinas acerca do recurso cabível contra essa ou aquela decisão, revivendo, agora como farsa, as célebres polêmicas doutrinárias havidas à época da vigência do CPC/39 – as quais ALFREDO BUZAID tentou, com certo êxito, resolver no CPC/73. Seria retrocesso de mais de trinta anos.” (DIDIER JÚNIOR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*, volume 2. 3. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2008; p. 258)

³²⁵ “A consequência do abandono do conceito finalístico em prol da definição do conteúdo dos atos judiciais produziu uma balbúrdia processual. Para alguns, a modificação autorizou o juiz, a seu talante, a “fatiar” o mérito do processo, colhendo os frutos maduros desde logo. Como consequência, será possível (pelo menos em tese) ter ao longo do arco processual tantas sentenças quantas o juiz queira proferir. O sistema recursal, porém, terá que ser repensado (*rectius*, adaptado), pois a parte vencida poderia interpor tantas apelações quantas sejam as sentenças parciais, tudo a contrariar o escopo principal da reforma que mirava celeridade processual (com segurança). Por conta deste cenário apocalíptico, parcela conservadora da doutrina posicionou-se contrariamente às sentenças parciais, preconizando sua utilização apenas em caráter

parciais pode possibilitar aumentar a celeridade do processo, fazendo com que determinadas questões maduras possam desde logo ser julgadas e submetidas ao crivo recursal, sem a necessidade de se aguardar o desfecho da causa. Alguns ainda afirmam que o problema da apelação pode ser resolvido com a admissão da “apelação por instrumento”³²⁶.

As duas posições de interpretação da legislação são perfeitamente plausíveis, tanto que ambas contam com defensores de escol. Por sua vez, elas têm suas vantagens e desvantagens. Vejamos então as situações que podem descortinar.

Se o juiz indeferir qualquer pedido ou pretensão em caráter parcial, antes de uma decisão final, essa antecipação de decisão só terá sentido se o andamento da causa depender dela, como quando o juiz decreta a prescrição relativa a um período anterior ao pedido e isso será relevante porque não haverá necessidade de produzir prova sobre fatos ocorridos nesse período, ou quando o juiz indefere liminarmente a reconvenção, evitando que a sua tramitação tome tempo, esforços e dinheiro dos serviços judiciários, ou ainda quando exclui de plano um litisconsorte, evitando à parte excluída o desgaste do processo.

excepcional, prevalecendo a impressão histórica de que, entre nós (e apesar da reforma), a sentença deve continuar a ser o ato que põe fim a uma fase do procedimento (num determinado grau de jurisdição), devendo o provimento ter um dos conteúdos dos arts. 267 e 269. Só assim manter-se-ia em pé o sistema recursal idealizado pelo legislador. Esta visão conservadora não parece ser sustentável, pois seus fautores pretendiam simplesmente manter em vigor um dispositivo revogado (qual seja, o primeiro parágrafo do art. 162, em sua versão original); por outro lado, permitir aos juízes que profiram tantas sentenças parciais quantas julgarem adequadas, de acordo com o paulatino amadurecimento da causa, não aparenta ser a melhor interpretação do novo sistema. Creio que in medio, virtus: haverá certamente situações em que o juiz poderá, com vantagem, valer-se das sentenças parciais, devendo o sistema recursal ser adaptado à novidade, já que não é possível imaginar (pragmaticamente) o manejo de recursos de apelação contra sentenças parciais.” (CARMONA, Carlos Alberto. *Ensaio sobre a sentença arbitral parcial*. In *Processo Civil, Novas Tendências*, Homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008; p. 118/119).

³²⁶ “O art. 513 do CPC determina que “da sentença caberá apelação (arts. 267 e 269)”, seja ela definida pelo critério topológico – como antes –, ou pelo conteúdo – como agora. Portanto, não interessa o momento em que o juiz proferiu a *decisão*. Se estas contêm uma das situações descritas nos arts. 267 e 269 do CPC e ostenta definitividade, deve ser atacada por meio de apelação, lembrando que neste trabalho, conforme visto no item precedente, o que mais importa são as decisões de mérito. Todavia, surge o seguinte problema: se a decisão contém matéria de mérito e foi proferida no curso do procedimento, caso em que o processo seguirá o seu curso normal perante o juízo de primeiro grau para a resolução de outras questões, não será possível a remessa dos autos ao segundo grau. Restaria então inviável o manejo da apelação? Parece-me que não e a solução é simples: utiliza-se por analogia o art. 525 do CPC e forma-se um *instrumento* contendo as peças nele previstas, além daquelas facultativas que o recorrente considerar importantes para que o tribunal possa ter pleno conhecimento da questão quando do julgamento do recurso.” (MARTINS, Ricardo Castro Teixeira. *Apelação por instrumento*. In *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. José Miguel Garcia

Considerando estas decisões como sentença, delas caberá o recurso de apelação. Se forem consideradas decisões interlocutórias, o recurso cabível será o agravo na forma retida, sendo analisado apenas em conjunto com eventual apelação da decisão final.

É tentadora a idéia de se acolher tais decisões como sentenças parciais, porque isso faria com que esses pontos da causa fossem imediatamente apreciados e julgados pelo Poder Judiciário em nível recursal, permitindo até mesmo o concerto da demanda se fosse o caso de dar provimento ao recurso. No caso da prescrição parcial, por exemplo, se o recurso fosse provido, o juiz faria logo a instrução sobre o período que entendeu prescrito, mas o Tribunal rechaçou tal entendimento.

Todavia, um exame mais acurado revela que esse argumento não procede: se fosse para admitir a sentença parcial apenas para agilizar o trâmite da apelação nesses casos, haveria melhor vantagem em se admitir logo o recurso de agravo de instrumento, como antes se fazia. Dotado de efeito suspensivo, o Tribunal poderia desde logo impor o processamento da causa afastando os efeitos da decisão recorrida (ex: determinando que a instrução fosse feita sobre o período que o juiz considerou prescrito, determinando o processamento da reconvenção ou a manutenção do litisconsorte excluído), até o julgamento final do agravo pela turma julgadora. Só que aí se corre o risco de atolar novamente os Tribunais de Apelação com recursos de Agravo de Instrumento, fazendo-os decidir por partes e diversas vezes vários aspectos da mesma causa, ignorando o ganho de economicidade decorrente do princípio da concentração, pelo qual todo o inconformismo das partes deveriam ser deduzidos numa única peça recursal e julgados numa única oportunidade. Multiplica-se desmedidamente o trabalho do Tribunal ao examinar a mesma causa diversas vezes para julgar apenas alguns de seus aspectos.

Considerando que essas decisões de indeferimento parcial do pedido irão manter o patrimônio jurídico das partes, que não terão acréscimo nem decréscimo de bens jurídicos, isto é, elas preservam o status quo em termos do direito material envolvido,

porque reconhecem que qualquer das partes não tem parcela do direito que alega ter, não há pressa para que a questão seja submetida e julgada pelo Tribunal; ou melhor, até há pressa, sob a perspectiva da parte, mas a sobrecarga de trabalho que se imporia ao sistema para permitir o julgamento imediato de todos os recursos contra decisões que implicam uma das situações dos arts. 267 ou 269 do CPC faria com que o sistema judiciário padecesse em demasia. Seria como voltar à situação anterior à Lei 11.187/2005, na qual o uso do agravo de instrumento era regra na praxe forense e o agravo retido a exceção, com os Tribunais muito mais envolvidos no julgamento de agravos do que de apelações, protelando a perder de vista uma decisão final sobre a causa, ou melhor, sobre todos os aspectos da causa.

Em síntese, à luz do princípio da eficiência, o juiz só deve indeferir parcela do pedido quando isso fizer sentido para a economia na instrução processual, ou para evitar algum dos litisconsortes permaneça desnecessariamente litigando no feito. Havendo tal vantagem, a decisão deve ser desafiada por agravo retido, sendo examinada se houver eventual recurso de apelação contra a decisão final.

Examinemos a mesma questão pela possibilidade de o juiz julgar procedente uma parte do pedido, porque a prova documental ofertada permitir o julgamento antecipado da lide quanto a um dos pedidos cumulados. A situação oferece novas nuances. Se for dito que essa decisão é sentença sem que importe a extinção do processo, prosseguindo o procedimento, toda a clareza e solidez do sistema recursal, que a doutrina tanto preza, vai ruir diante das dúvidas que incutidas em advogados e nos Tribunais quanto ao recurso a ser interposto e conhecido. Não convém à segurança que se espera do processo. Se a instrução for demorar apenas alguns meses, parece mais prudente ao juiz aguardar a decisão final para decidir sobre esse capítulo do pedido que entende procedente, uma vez que a sua decisão não trará nenhum benefício para o andamento procedimental da causa.

O mesmo problema se repete: uma apelação parcial traria o inconveniente de fazer o Tribunal apreciar duas vezes a mesma causa, duplicando o serviço. O ganho na vida da parte, no caso o autor, não será tão significativo, uma vez que ele deverá aguardar, de

qualquer modo, o julgamento da apelação para promover a execução provisória do julgado, considerando a regra geral de que esse recurso suspende a eficácia da decisão.

Vamos supor que o juiz houvesse proferido decisão parcial nestes termos. O autor não poderia, de qualquer modo, executar essa parcela da decisão – salvo com as limitações da execução provisória, sob pena de burla ao sistema legal, que pretende conferir eficácia à decisão de procedência só após o pronunciamento definitivo do Tribunal em segundo grau de jurisdição, após a apreciação de eventual recurso ordinário com revisão de matéria de fato e de direito contra tal decisão. Essa é a razão que justifica atribuir efeito suspensivo a todo recurso de apelação, salvo situações excepcionais. Se o juiz fatiar o julgamento da lide e acolher parte do pedido, suas decisões prévias nesse sentido, quer as consideremos sentenças parciais, quer as consideremos decisões interlocutórias, não podem surtir efeito senão depois do julgamento do recurso ordinário, porque nesse caso o legislador privilegiou o direito à ampla defesa em detrimento da eficiência, numa ponderação que pode até não ser a melhor, pode-se até discutir da sua conveniência, mas que não chega a ser completamente desarrazoada, donde é uma opção política a ser respeitada.

Lembremos que a decisão que reconhece a procedência parcial do pedido, em julgamento antecipado da lide, também não facilita o andamento da causa quanto ao julgamento dos demais pedidos, para os quais a instrução será necessária. Parece carente de sentido, assim, proferir decisão desse teor; se o juiz entende que parte da decisão deveria surtir efeitos imediatos, vislumbrando uma situação de urgência, abuso no direito de defesa ou ausência de controvérsia do réu, então o caso seria de conceder a antecipação dos efeitos da tutela, com seus requisitos legais próprios. Se não for caso de antecipação dos efeitos da tutela, o julgamento antecipado da lide de parte do pedido não favorecerá o autor.

O único ganho real do autor com uma “sentença parcial” seria esse capítulo do pedido já julgado ser apreciado mais rapidamente pelo Tribunal de Justiça (ou Tribunal Regional Federal) em grau recursal, ou melhor, mais rapidamente do que os demais pedidos, que exigem ainda a instrução para serem julgados em primeiro grau. Por outro

lado, o transtorno gerado aos Tribunais pela multiplicação do serviço em torno de uma mesma causa pode adquirir proporções caóticas. Se pensarmos num único caso, esse acréscimo de serviço pode parecer insignificante; se pensarmos nos milhares ou milhões de casos em que a mesma situação pode ocorrer, a dimensão torna por si essa possibilidade problemática.

Esse benefício dado ao autor seria ilusório. A possibilidade de que a apelação de uma decisão interlocutória fosse apreciada mais rapidamente que a apelação da decisão final não leva em consideração o congestionamento coletivo que a admissão da sentença parcial ocasionaria aos Tribunais. Por outro lado, enquanto as apelações se processam, sendo providas de efeito suspensivo contra a decisão recorrida, os bens da vida continuam intactos, preservada a mesma situação de antes do processo sob a ótica do direito material. O processo muda, mas não a realidade na qual ele pretende intervir.

Se for o caso de se permitir ao autor desfrutar imediatamente de um bem da vida, muito mais vantajoso que a admissão das sentenças parciais é a concessão de provimentos de antecipação da tutela, decisões interlocutórias que podem ensejar o recurso de agravo de instrumento, mas de qualquer forma já interferem na realidade humana tocada pelo direito material.

Se a instrução for demorar de 06 (seis) meses a 1 (um) ano, como no máximo deveria demorar, não há vantagem real na concessão parcial do pedido. O juiz evitará transtornos e desgastes se deixar para decidir o capítulo do pedido que comporta decisão imediata, juntamente com o resto do pedido, que exige instrução mais apurada. Ao invés de proferir uma decisão parcial, o juiz atenderá o princípio da eficiência se deixar a parcela do caso que comportaria decisão parcial para o final, proferindo uma única decisão.

Imaginemos, todavia, um caso em que o juiz, pela realidade concreta, verifica que parcela substancial do pedido comporta julgamento antecipado da lide e que uma parcela ínfima do pedido demandará uma instrução complicada, às vezes exigindo um

exame pericial com previsão de anos de demora. Nesse caso, parecerá razoável proferir uma decisão parcial acolhendo a parte do pedido que pode ser imediatamente julgada.

Se admitirmos que essa decisão será sentença parcial e impugnável por uma apelação de instrumento, ficará aberta a estrada para confusões no sistema recursal. De outra banda, se dissermos que essa decisão será uma simples interlocutória, o recurso cabível seria o agravo retido, anulando completamente as vantagens de que essa parte do pedido seja imediatamente analisada em via recursal pelo Tribunal, uma vez que só como preliminar de eventual apelação os pedidos julgados seriam revistos. Ainda que se admitisse o agravo de instrumento, o processamento deste recurso não comporta todas as mesmas garantias para a defesa que uma apelação, como, por exemplo, o direito de sustentação oral e o direito a que a causa seja examinada por um revisor. Nenhuma destas duas soluções é conveniente.

A melhor solução, neste caso, seria o juiz simplesmente determinar o desmembramento do feito; a sua cisão em dois processos. Ele profere sentença na parte do pedido que admite julgamento imediato e determina a extração de cópias para prosseguir-se o processo quanto à parcela do pedido que demanda instrução. Se os pedidos forem cumulados de modo que poderiam ser deduzidos em demandas autônomas, nada obsta que se faça isso.

Este procedimento é muito comum em processo penal, quando há réus presos, cujo processamento e julgamento deve ser mais rápido do que quando há réus soltos, até como garantia de que não se está mantendo preso alguém que no futuro venha a ser declarado inocente³²⁷. Nada impede que venha a ser aplicado também no processo civil, desde que em caráter excepcional, quando o caso revelar uma vantagem concreta na sua adoção, seja porque parcela substancial do pedido já poderá ter sido julgada, seja porque a parcela remanescente demandará longa instrução.

³²⁷ O desmembramento também é comum quando há co-réus e um deles não é encontrado, sendo citado por edital, sem ter advogado constituído nos autos. O art. 366 do CPP impõe a suspensão do processo e do curso do prazo prescricional para este réu; como o processo pode prosseguir para os demais réus citados pessoalmente, o juiz determina o desmembramento do feito exclusivamente para o réu citado por edital.

Ao passo em que nenhum dispositivo legal impede a solução ora alvitada, a promoção do princípio da eficiência a impõe. Ela incorpora toda a vantagem que se traria com a admissão da sentença parcial, sem incorporar seus inúmeros efeitos colaterais de desestabilização do sistema recursal. A grande diferença entre o desmembramento do processo e a “apelação por instrumento” é que não se altera o conceito de sentença, deixando intacto o sistema recursal já consolidado do CPC/1973, uma vez que se finaliza o procedimento naquele capítulo da decisão já julgado, enquanto que a parte desmembrada seguirá o seu curso procedimental sem a devida finalização.

A solução alvitada não arranha o conceito de sentença como ato que extingue o processo em primeiro grau de jurisdição. O processo desmembrado fica extinto na parte em que julgado, enquanto que a outra parte prossegue. O juiz deve deixar bem claro que está desmembrando o feito, que a sua decisão é sentença e ainda convém esclarecer que eventual recurso deverá ser deduzido por apelação. Esta postura garante previsibilidade à atuação da parte que quiser recorrer, atendendo ao primado da segurança jurídica no processo³²⁸.

Trabalho profundo sobre o tema com perspectiva crítica e interessante foi desenvolvida por Heitor Vitor Mendonça Sica. Ele defende que desapareceu o “princípio da concentração do julgamento de mérito em uma única sentença”, dando ensejo à possibilidade de sentenças parciais de mérito³²⁹; sustenta que a reforma do conceito de sentença propiciou as condições para extrair do sistema a cindibilidade do objeto do

³²⁸ Há quem sustente a aplicação da fungibilidade para estes casos relacionados ao novo conceito de sentença, se é que há alguma novidade. Confira-se: “a expectativa é de que a inevitável confusão no tocante ao recurso cabível de decisões com conteúdo de sentença, mas que não põem fim ao processo, não seja suficiente para prejudicar o recorrente, certamente o menos culpado pela confusão gerada pelo legislador. Significa dizer que, até que se determine com alguma segurança jurídica qual será o recurso cabível – apelação ou agravo de instrumento –, os juízes deverão ter a sensibilidade necessária para aplicar ao caso concreto o princípio da fungibilidade recursal, recebendo o recurso interposto ainda que entendam não ser esse o recurso cabível no caso concreto.” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Reforma do CPC. Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006*. Obra coletiva, sendo autores Daniel Amorim Assumpção Neves, Glauco Gumerato Ramos, Rodrigo da Cunha Lima Freire e Rodrigo Mazzei. São Paulo: Ed. RT, 2006; p.85).

³²⁹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Algumas implicações do novo conceito de sentença no Processo Civil, de acordo com a Lei 11.232/2005*. In *Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil*. Carlos Alberto Carmona (coord.). São Paulo: Editora Atlas, 2007; pp. 186-209.

processo, que era reivindicação antiga da doutrina nacional³³⁰. Essa desacomulação de demandas, prossegue, inspira-se nos princípios da celeridade e da economia processual³³¹.

Concordamos em parte. Realmente a desacomulação de demandas pode atender aos valores de celeridade e economia processual. Se isso ocorresse, mesmo antes da reforma do art. 162, § 1º, do CPC, já era possível, a nosso ver, promover o desmembramento do feito. Isso porque o princípio da eficiência já estava implicitamente presente no texto constitucional originário de 1988, como decorrência do devido processo legal e de um acesso *qualitativo* à Justiça, sendo explicitamente positivado no caput do art. 37 pela EC n.º 19/1998. O juiz já tinha e tem flexibilidade para tomar medidas no processo que promovam a sua eficiência em casos como o ora examinado, quando não houver norma legal impeditiva e a medida não malferir outro direito ou garantia fundamental das partes (como o contraditório e a ampla defesa, por exemplo).

A alteração [da redação] do conceito de sentença não trouxe nenhuma nova implicação de ordem prática que já não pudesse ser deduzida do princípio constitucional da eficiência, inerente ao sistema.

Discordamos, assim, da premissa propugnada por este eminente autor, no sentido de que toda decisão de mérito que implicar uma das situações do 269 do CPC será sentença, ou que haja a possibilidade de sentenças parciais terminativas quando o juiz

³³⁰ “Ou seja, a cindibilidade do objeto do processo é reivindicação antiga da doutrina processual e, agora, há condições mais que propícias para extraí-la do sistema (...)” (idem, p. 193). “Imagine-se o caso, por exemplo, de demanda indenizatória por danos materiais e lucros cessantes, na qual os primeiros se acham demonstrados documentalmente, mas os segundos carecem de prova. No momento de sanear o processo, nada mais impedirá o juiz de julgar desde logo o pedido que já se achar documentalmente provado (caso típico de julgamento antecipado da lide, *ex vi* do artigo 330, I, do CPC), e dê prosseguimento ao feito para colheita de prova quanto ao(s) restante(s). Em suma, estaremos aqui diante do emprego da técnica de *desacomulação de demandas*. Note-se que, mesmo antes dessa reforma, a adoção da teoria dos capítulos da sentença implicava na aceitação da *desacomulação de demandas*, ainda que apenas no ato culminante do processo, que lhe punha termo final. Agora, sob o novo conceito de sentença, a mesma ótica de análise pode transplantar-se para a desacomulação de demandas no curso do processo. E tal como defendiam os partidários da teoria dos capítulos de sentença, essa desacomulação se daria não só pelo destacamento das demandas cumuladas, mas também pelo desmembramento dos pedidos, quando forem divisíveis.” (idem, p. 194)

³³¹ “A desacomulação de demandas (seja no curso do feito, seja na sentença final) se inspira em parte nos mesmos objetivos que a própria *cumulação*, ou seja, os princípios da economia e celeridade processuais, os quais hoje encontram, inclusive, assento constitucional. Afinal, não faria sentido que as demandas fossem

pratica um dos atos contemplados no art. 267 do CPC³³². Essa posição, a par de desestruturar o claro sistema recursal instituído pelo CPC/1973, obrigaria o Tribunal a examinar “n” recursos de apelação, tantos quantas fossem as decisões do juiz sobre qualquer tema relativo aos artigos 267 ou 269 do CPC, multiplicando sobremaneira a carga de trabalho dos Tribunais e fulminando o objetivo do sistema de que toda a causa seja analisada em grau recursal numa só oportunidade. Pode-se conseguir este objetivo se essas decisões parciais terminativas ou de mérito forem consideradas interlocutórias e impugnadas por agravos retidos, a serem analisados conjuntamente com eventual recurso de apelação da decisão final.

Na nossa proposta, quando o juiz desmembra o processo – o que já era permitido antes de qualquer reforma legislativa, há dois processos. Um que será extinto por sentença e outro que vai prosseguir. Isso só deve ser feito em caráter de excepcionalidade, quando houver vantagem real e concreta para a celeridade processual, permitindo-se que o capítulo do pedido julgado em primeiro lugar seja submetido mais rapidamente ao crivo recursal, uma vez que o restante do pedido levará longo tempo para que possa ser julgado. Isso não deverá ser feito em qualquer ocasião em que uma decisão implicar uma das situações dos artigos 267 ou 269 do CPC. Se não houver desmembramento, tais decisões continuarão sendo interlocutórias, a desafiarem recurso de agravo.

cumuladas por medida de economia, para que, a partir de então, jamais pudessem ser separadas, mesmo que isso importasse em amarrar o andamento de uma por conta das demais.” (idem, p. 194)

³³² Heitor Sica afirma que nem toda decisão de mérito será sentença, mas só a que implicar uma das situações do art. 269/CPC. Confira-se: “A autorização dada ao juiz para proferir sentenças parciais de mérito *não* inclui, segundo entendemos, o proferimento de decisões que resolvam *apenas questões de mérito, sem aplicação de alguma das hipóteses do art. 269*. Ou seja, o juiz pode pronunciar a decadência ou a prescrição com relação a pedido cumulado ou quanto a reconvenção (implicando a “situação” do artigo 269, V, do CPC e, portanto, enquadrando-se como sentença parcial de mérito), mas não pode rejeitar estas mesmas matérias a não ser no momento de julgar o mérito do pedido cumulado (afinal, a rejeição da decadência ou prescrição é matéria de mérito, mas não configura nenhuma das hipóteses do art. 269 do CPC)” (idem, p. 195); por sua vez, ele sustenta a possibilidade de sentenças parciais terminativas, mesmo quando não implicam a extinção total do feito, desde que implique uma das “situações” do art. 267 do CPC: “Pense-se, por exemplo, na decisão proferida no curso do processo que exclui um litisconsorte passivo por ilegitimidade *ad causam*, indefere a denunciação da lide por falta de interesse processual, ou rejeita a inicial da reconvenção por inépcia. Todos esses exemplos retratam solução antecipada de *demandas cumuladas*, que já ocorriam mesmo antes do advento da Lei n.º 11.232/2005, sobretudo em face do que já dispunham (e ainda dispõem) os artigos 317 e 329 do CPC. *A novidade é que, agora, tais decisões passam a ser, tecnicamente, sentenças, a teor do art. 162, §1.º, reformado*. O que não mudou é que a decisão que *afasta* matéria passível de implicar situação do artigo 267 continua sendo interlocutória. Nos exemplos dados, se o juiz *rejeita* a arguição de ilegitimidade, defere a denunciação da lide, ou recebe a reconvenção, proferia e continua proferindo decisão interlocutória.” (idem, p. 197)

Havendo desmembramento, a sentença proferida sobre parcela do pedido extinguirá o processo, mas não o processo original e sim um dos processos desmembrados. Nessa perspectiva, sentença continuará sendo a decisão que põe fim ao procedimento no primeiro grau de jurisdição, exatamente como era pacífica a sua definição antes da reforma do art. 162, §1.º do CPC.

Quanto ao recurso cabível contra a sentença parcial, Heitor Vitor Mendonça Sica apresenta uma solução que se parece com a apresentada nesta tese. Ele rejeita a admissibilidade do agravo de instrumento e afirma que o recurso de apelação tem de ser adaptado a esta nova realidade de sentenças parciais³³³. Ele afirma que o melhor jeito de se fazer isso é extrair cópias dos autos e formar algo similar a uma “carta de sentença”, “instruindo-a com cópias das peças necessárias à cognição judicial no tocante àquilo que não foi enfrentado na sentença parcial. Permitir-se-ia o prosseguimento do processo em primeiro grau de jurisdição por meio por meio destes ‘autos suplementares’, e os autos originais e os autos originais subiriam ao Tribunal (como ocorre normalmente nos casos de apelação sem efeito suspensivo).³³⁴”

Ele está se referindo à carta de sentença extraída para execução provisória de sentença cujo recurso de apelação não tem efeito suspensivo, sustentando que o mesmo

³³³ Há quem defenda que essas decisões proferidas ao longo do processo, que não o extinguem e que implicam uma das situações dos artigos 267 ou 269 do CPC, são sentenças, mas sua impugnação deve ser feita por agravo de instrumento. Nesse sentido: “mesmo nos casos em que o pronunciamento judicial tem conteúdo encartável em uma das hipóteses referidas nos arts. 267e 269 do CPC, não será cabível recurso de apelação se parte do objeto do processo ainda depender de julgamento. A apelação somente será admissível se o pronunciamento jurisdicional, conquanto fundado no art. 267 ou no art. 269 do CPC, tenha *esgotado a atividade cognitiva* a ser realizada perante o juízo de primeira instância, seja porque não há mais mérito a ser julgado, seja porque o mérito não poderá ser julgado. Em casos como os ora analisados, s estará diante de uma sentença que, excepcionalmente, poderá ser objeto de agravo. Este ponto de vista já vinha sendo sustentado por um dos autores dos presentes comentários, em obra anteriormente publicada. A fragmentação da causa, com a admissibilidade da apelação contra cada uma das sentenças “parciais” proferida ao longo do processo antes da sentença “final”, com a conseqüente paralisação do procedimento, se admitida, protrairia a resolução integral da lide, o que não é desejável, e contraria a finalidade do processo, que é a resolução *integral* mais célere possível da lide.” (WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvida, MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 2*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006; p. 37).

³³⁴ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Algumas implicações do novo conceito de sentença no Processo Civil, de acordo com a Lei 11.232/2005*. In *Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil*. Carlos Alberto Carmona (coord.). São Paulo: Editora Atlas, 2007; p. 205.

procedimento pode ser adotado para adaptar o recurso de apelação contra as sentenças parciais, que – em seu modo de ver – agora existem.

O desmembramento do processo, sob o ponto de vista prático, aproxima-se muito em termos procedimentais da proposta de extração de uma espécie de carta de sentença. Afinal, trata-se de extrair cópias, submeter a parcela do litígio já julgada por sentença ao Tribunal com a apelação deduzida e prosseguir no feito em primeiro grau com a parcela do litígio ainda não julgada.

O que diferencia fundamentalmente a nossa visão da de Heitor Sica é que, respaldados em doutrina já dominante, entendemos que sentença continua com a sua antiga definição: é ato do juiz que extingue o processo. Assim, todas as decisões que implicam uma das situações dos artigos 267 ou 269 do CPC, proferidas incidentalmente no procedimento mas sem extingui-lo, continuam sendo decisões interlocutórias e continuam desafiando recurso de agravo. Não se abre brechas a confusões da natureza da decisão pela análise do seu conteúdo, que poderiam alimentar problemas desnecessários na funcionalidade do sistema recursal, ao mesmo tempo em que se garante, tanto quanto conveniente à eficiência do sistema, que todo o exame da causa pelo órgão revisional seja feito numa única oportunidade. Só em casos de extrema excepcionalidade, quando houvesse vantagem real e concreta no desmembramento do feito em termos de ganho com a celeridade, é que estaria o juiz constitucionalmente autorizado a desmembrar o feito em dois.

A rigor, o exame da mesma causa em parcelas para o órgão judiciário revisional agride a economia processual. O Tribunal passa a ser obrigado a tomar conhecimento de toda a causa diversas vezes, em momentos diferentes, para julgar aspectos da lide. Isso só fará sentido se o ganho proporcionado à parte for realmente considerável em termos de celeridade processual, quando uma parcela significativa ou mais importante da causa puder ser objeto de julgamento imediato de procedência e, além disso, quando houver evidências concretas de que a parcela restante do litígio não poderá ser julgada a médio prazo. Aí sim – e só nesta situação de fato – a parte fará jus ao desmembramento do feito,

compensando-se a perda da economia processual com o ganho individual de celeridade que esse procedimento proporciona³³⁵.

A excepcionalidade deve ser característica desse procedimento porque o risco de se admitir como sentença parcial qualquer pronunciamento judiciário que implique uma das situações dos artigos 267 ou 269 do CPC estará em se atolar o Tribunal com apelações também parciais de uma mesma lide, ficando a sua solução final sempre postergada. Foi exatamente isso o que um dos aspectos da reforma quis impedir ao alterar o artigo 522 do CPC, pelo qual a regra na impugnação de decisões interlocutórias passou a ser o agravo retido, divorciando-se da praxe forense que normalmente se valia do agravo de instrumento para tal fim.

A interpretação da reforma de acolher as “sentenças parciais” também encontra óbice no aspecto de segurança jurídica, uma vez que permitirá infundáveis discussões e tormentos problemas práticos sobre a natureza jurídica de uma decisão – se interlocutória ou sentença –, bem como o recurso que dela se deve interpor – se agravo ou apelação. Com o desmembramento do processo, não se terá dúvida que a decisão que julgar o processo desmembrado será sentença, porque além de se enquadrar no artigo 269 do CPC, ela extinguirá esse procedimento em primeiro grau de jurisdição. A solução deixa intacto, com isso, a funcionalidade do sistema recursal e tutela a previsibilidade de comportamento das partes.

3. Medida cautelar para prover efeito suspensivo ao recurso de apelação e o princípio da eficiência

Se a lesão a um direito decorre de uma decisão judicial, por ação ou omissão, a parte prejudicada precisa de mecanismos hábeis à sua sanção. Às vezes a parte precisa sustar os efeitos de uma decisão teratológica, capaz de lhe causar dano grave e iminente, ou então precisa com urgência de uma decisão que lhe proteja efetivamente um direito turbado, ameaçado ou lesado, sob pena do seu perecimento. Estamos no âmbito

³³⁵ A procedência pode ser da ação ou da reconvenção, ou de um pedido contraposto. Por isso que temos sempre falado em “parte” e não em “autor.”

recursal e aqui as medidas cautelares também podem servir de valioso instrumento de concretização do princípio constitucional da eficiência.

O problema se põe especificamente quando um recurso não é dotado de efeito suspensivo automático, ou então pela dificuldades de se obter um efeito suspensivo em decorrência da tramitação burocrática do recurso. O agravo de instrumento, por exemplo, não sofre este tipo de mazela, porque este recurso é interposto diretamente no tribunal, imediatamente é distribuído e nele se permite que o relator venha a conceder efeito suspensivo, seja para sustar os efeitos da decisão recorrida, seja para conceder o que foi negado pela decisão recorrida, num efeito suspensivo com carga ativa, também dita de antecipação da tutela recursal.

Todavia, há recursos desprovidos da possibilidade de se conceder efeito suspensivo porque a lei é expressa em delimitar o efeito devolutivo. Tal é o caso dos recursos extraordinário e especial, nos termos do art. 542, § 2.º, do CPC³³⁶. O mesmo problema pode ocorrer com decisões proferidas em audiência, para as quais a lei impôs necessariamente o agravo retido, nos termos do art. 523, § 3.º, do CPC³³⁷.

Nos tribunais superiores, embora com algumas diferenças de processamento entre o STF e o STJ, as medidas cautelares vêm sendo usadas com o objetivo de emprestar efeito suspensivo aos recursos de índole extraordinária. No STF, a súmula n.º 634 dispõe que “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem.”, enquanto a sua súmula n.º 635 dispõe que “Cabe ao presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade.”

³³⁶ “Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo.”

³³⁷ “Das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento caberá agravo na forma retida, devendo ser interposto oral e imediatamente, bem como constar do respectivo termo (art. 457), nele expostas sucintamente as razões do agravante.”

Quer dizer, a medida cautelar é cabível, desde que o recurso extraordinário tenha sido interposto. Enquanto ainda pendente o juízo de admissibilidade, a sua análise cabe ao presidente do Tribunal de origem; após o juízo de admissibilidade, o pedido caberá ao próprio STF, mesmo que o recurso não tenha sido admitido.

No STJ, por sua vez, a medida cautelar deve ser proposta diretamente perante ele, ainda que o recurso especial não tenha sido objeto de juízo de admissibilidade no tribunal de origem .

Embora a lei seja clara no sentido de conferir a esses recursos de índole extraordinária efeito meramente devolutivo, o STF e o STJ deixam aberta a via da medida cautelar para situações extremas, de manifesta teratologia, nas quais o perigo da demora torne inviável aguardar-se o curso normal do desfecho de tais recursos. Há um mecanismo, portanto, apto a dotar de eficiência a prestação jurisdicional nesses casos.

No caso de apelação contra sentença que indefere petição inicial com pedido de medida liminar ou pedido de tutela antecipada, ou de sentença que, julgando procedente o pedido, simultaneamente defere medida liminar ou a antecipação dos efeitos da tutela, a parte prejudicada desejará obter efeito suspensivo ativo/positivo (no primeiro caso), obtendo do Tribunal a medida denegada pelo juízo de primeiro grau, ou efeito suspensivo negativo (no segundo caso), objetivando sustar no Tribunal a eficácia imediata da providência antecipatória deferida pelo juízo *a quo*. Nestes dois casos, a apelação – por si só – não terá efeito suspensivo³³⁸. Surge o problema de como se pleitear e processar este almejado efeito. E o que era para ser simples assume os contornos de uma verdadeira tempestade.

³³⁸ Primeira situação: o indeferimento da medida liminar ou de antecipação de tutela não se suspende pela só interposição da apelação. Seria absurdo que a só interposição deste recurso projetasse os mesmos efeitos de uma decisão negada em primeiro grau. Não havendo concessão, não há o que se suspender. Querendo uma decisão nesse sentido, a parte deverá provocar o Tribunal pleiteando uma antecipação da tutela recursal. Segunda situação: a apelação é recebida no efeito meramente devolutivo, entendendo-se que o art. 520, VII, não se refere apenas às sentenças que confirmam a antecipação da tutela, mas também às que deferem a antecipação no seu próprio corpo.

A jurisprudência é bastante vacilante sobre qual via processual deve admitir para outorgar o almejado efeito suspensivo. Ora se entende cabível o agravo de instrumento³³⁹, ora não³⁴⁰.

³³⁹ “Agravos de Instrumento - Embargos à execução - Sentença que os rejeitou liminarmente - Apelação recebida no efeito devolutivo. A regra é o recebimento da apelação interposta contra sentença que rejeitou liminarmente os embargos à execução apenas no efeito devolutivo (artigo 520, V, do CPC) - Requerimento dos apelantes para atribuição do efeito suspensivo ao recurso. Inteligência do artigo 558 CPC - Presença dos requisitos legais para sua atribuição - Decisão reformada -AGRAVO PROVIDO.” (TJSP - Agravo de Instrumento n.º 7.388.780-2, Rel. Des. Francisco Giaquinto, julgado em 21.09.2009); “TUTELA ANTECIPADA - Concessão na sentença - Persistência de séria divergência sobre o recurso cabível, para suspender os seus efeitos - Provimento tardio da apelação seria rigorosamente inoperante em relação os efeitos já consumados da tutela - Existência de precedentes, que admitem a interposição do agravo, inclusive desta 4a Câmara de Direito Privado - Recurso conhecido (...)” (TJSP – Agravo de Instrumento n.º 666.309.4/2-00, Rel. Des. Francisco Loureiro, 03/09/2009); “Agravos de instrumento - Ação de cobrança - Decisão que, na parte dispositiva da sentença, concedeu, ex officio, tutela antecipada e específica, inclusive, condicionante do recebimento de eventual apelação Inconformismo - Acolhimento - Exceção ao princípio da singularidade recursal - Deliberação que desafia agravo de instrumento, por tratar de questão relativa ao efeito de eventual apelação (art. 522, caput, do CPC) – (...) - Recurso provido.” (TJSP – Agravo de Instrumento n.º 6612834600, Rel. Des. Grava Brazil, julgado em 01/09/2009).

³⁴⁰ “AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONCEDIDA NA SENTENÇA. APELAÇÃO COMO RECURSO CABÍVEL. ERRO GROSSEIRO. FUNGIBILIDADE RECURSAL. INAPLICABILIDADE. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. A decisão atacada, embora concedendo em seu bojo, também, a antecipação de tutela, é sentença (art. 162, § 1º, do CPC) e, como tal, atacável pela via da apelação (art. 513 do CPC), constituindo erro grosseiro a irresignação por meio de agravo de instrumento, o que afasta a aplicabilidade do princípio da fungibilidade recursal, que pressupõe, além do atendimento ao prazo do recurso correto, a existência de dúvida objetiva quanto ao recurso pertinente na hipótese. Ademais, em face do princípio da unicidade recursal, tem-se que, para cada decisão, cabe um e único recurso, que, no caso, é a apelação. Precedentes do STJ. AGRAVO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, COM BASE NO ART. 557, CAPUT, DO CPC.” (Agravos de Instrumento Nº 70009415092, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 09/08/2004); “DIREITO PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO RECEBIDA NO EFEITO DEVOLUTIVO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CONCESSÃO NA SENTENÇA DA TUTELA ANTECIPADA. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 520, VII, DO CPC. MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.” (Agravos de Instrumento Nº 70032028086, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elaine Harzheim Macedo, Julgado em 02/09/2009); “Agravos de Instrumento. Tutela antecipada concedida na sentença. Impugnação mediante interposição de recurso de apelação. Princípio da unirrecorribilidade da decisão. Efeito devolutivo. Inteligência do artigo 520, VII, do Código de Processo Civil. Recurso conhecido em parte, e na parte conhecida, negado provimento.” (TJSP - Agravo de Instrumento n.º 7367605-4, Rel. Des. Mauro Conti Machado, julgado em 31.08.2009). Consta do voto do Relator: “Incabível a interposição do recurso de agravo de instrumento para impugnação da tutela antecipada concedida na sentença, porquanto o recurso cabível para impugná-la é a apelação, não podendo ser cindida para viabilizar a interposição de dois recursos distintos. Nem se fale de interposição de agravo de instrumento apenas contra parte da r sentença em que foi concedida a tutela antecipada, pois ela integra a decisão, e, se tal fosse deferido, afrontaria o princípio da singularidade recursal. Nesse sentido, o entendimento pacífico dos Tribunais Superiores: “Se a tutela antecipada é concedida no próprio bojo da sentença terminativa de mérito da ação ordinária, o recurso cabível para impugná-la é a apelação, pelo princípio da unirrecorribilidade, achando-se correto o não conhecimento do agravo de instrumento pelo Tribunal ‘a quo’” (STJ-4a T., REsp 645.921, Min Aldir Passarinho Jr., j . 24.8.04, DJU 14.2.05). No mesmo sentido: STJ-6a T. REsp 524.017, Min. Paulo Medina, DJU 6.10.03; JTf 302/493, RJM 173/221.”

Há quem entenda pertinente uma medida cautelar³⁴¹, enquanto há quem a repute incabível, sugerindo à parte a formulação de um singelo pedido de antecipação da tutela recursal no bojo da própria apelação³⁴².

Muito mais importante do que decidir, à luz da legislação vigente, qual o instrumento processual cabível para dar efeito suspensivo a recurso de apelação (mandado de segurança, agravo de instrumento, medida cautelar ou simples pedido de antecipação de tutela recursal), é definir em caráter de urgência e com estabilidade qualquer um desses instrumentos, seja ele qual for. Frise-se: a escolha deve ser feita o mais rápido possível, consolidando-se o entendimento por meio de súmula. Qualquer definição sobre qual o

³⁴¹ “AÇÃO CAUTELAR AJUIZADA NO TRIBUNAL. SENTENÇA. DESPEJO. DISPENSA DE CAUÇÃO PARA EVENTUAL EXECUÇÃO PROVISÓRIA. APELAÇÃO INTERPOSTA. PLEITO CAUTELAR ALTERNATIVO PARA OBTENÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO OU PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO PARA A EXECUÇÃO PROVISÓRIA. CONDIÇÕES PARA A AÇÃO PRESENTES. HIPÓTESE PECULIAR. EFEITO DEVOLUTIVO. IMPOSIÇÃO LEGAL. ACOLHIMENTO DO PEDIDO ALTERNATIVO. AÇÃO CAUTELAR PROCEDENTE. 1.- Há possibilidade jurídica para a tutela cautelar com base nos arts 63, § 4o, c c o art. 64, da Lei nº 8.245/91 Firmada a negativa de caução para execução provisória do despejo na própria sentença, não há razão para ser negada a ação cautelar originária no Tribunal a pretexto de não cumprimento do art 558, parágrafo único, do CPC. 2 - Decretado despejo por falta de pagamento, com vedação expressa na sentença prestação de caução para a hipótese de execução provisória, abre-se a via cautelar para obtenção do direito à caução pelo locatário, mesmo negado o efeito suspensivo ao recurso de apelação objeto do primeiro pedido de cautela.” (TJSP – Medida Cautelar n.º 1258928000, Rel. Des. Adilson de Araújo, julgado em 04.08.2009; “AÇÃO CAUTELAR INOMINADA INCIDENTAL - AÇÃO ANULATÓRIA INDEFERIMENTO DA INICIAL - APELAÇÃO - PRETENSÃO DE ANTECIPAÇÃO DE SEUS EFEITOS - MANUTENÇÃO DE POSSE DE IMÓVEL PRACEADO E ARREMATADO - AÇÃO IMPROCEDENTE. Não se fazendo notar a presença dos requisitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora* posto que, à semelhança da tutela antecipatória, deve estar evidente a verossimilhança da alegação, de sorte a se antever que o provimento jurisdicional futuro a ampare, improcedente é a ação cautelar incidental que visa, em sede de cognição sumária, o reconhecimento da pertinência de apelação tirada de ação anulatória, cuja inicial foi indeferida.” (TJSP – Medida Cautelar n.º 1269400- 0/9, Rel. Des. Paulo Ayrosa, julgado em 01.09.2009). Neste segundo caso, houve apreciação dos pressupostos da medida cautelar, que se entendeu inexistentes, mas a cautelar foi conhecida. No mesmo sentido, dando pela adequação, decisão monocrática de concessão do efeito suspensivo na medida cautelar n.º 992080740633 pelo Des. Antonio Maria, julgado em 25.08.2009.

³⁴² “MEDIDA CAUTELAR - Execução fiscal - Embargos improcedentes - Interposição de apelação recebida apenas no efeito devolutivo. Pretendida concessão da cautela a fim de atribuir duplo efeito ao apelo. Descabimento. Inadequação da via eleita, haja vista a possibilidade de se deduzir tal pretensão nos próprios autos da apelação. Processo extinto sem exame do mérito.” (TJSP, Medida Cautelar n.º 640.567-5/2-00, Rel.p/ acórdão o Des. João Alberto Pizarini, maioria de votos, julgado em 30 de agosto de 2009); “Medida Cautelar Incidental - Ação de rescisão contratual cumulada com reintegração de posse e indenização por perdas e danos - Sentença de procedência parcial da demanda, com confirmação de antecipação de tutela anteriormente deferida, pendente de julgamento recurso de apelação - Procedimento cautelar que visa à revogação da antecipação da tutela - Impossibilidade de revisão em sede de cognição sumária por meio de medida cautelar da antecipação de tutela meramente confirmada em sentença de procedência parcial da ação - Matéria que deve ser analisada no âmbito do recurso de apelação interposto - Carência da ação.]Indefere-se a petição inicial, nos termos do artigo 267, inciso I, do Código de Processo Civil, extinto o processo, sem julgamento do mérito.” (TJSP – Medida Cautelar n.º 6750474700, Rel. Des. Christine Santini, julgamento em 09.09.2009).

instrumento cabível é melhor que nenhuma definição, ou melhor que uma definição diferente para cada desembargador que enfrenta a mesma questão.

Não importa tanto que a jurisprudência fixe o instrumento “A” ou “B”; importa muito mais é que o eventual direito a um efeito suspensivo não seja tolhido por essa situação de angustiante incerteza processual. A parte não está preocupada se, à luz da melhor técnica processual, o correto é interpor agravo de instrumento, mandado de segurança, medida cautelar ou simples pedido de antecipação da tutela recursal. O que interessa à parte é o efeito suspensivo, que lhe deve ser dado desde que tenha *fumus bonis juris* e *periculum in mora* no caso concreto. A parte quer e tem direito a um pronunciamento meritório acerca dos pressupostos para a concessão do efeito suspensivo, não sendo justo lhe subtrair esse direito pela dúvida objetiva quanto ao instrumento processual idôneo para tanto.

A incerteza jurisprudencial é campo fértil para propiciar as conhecidas armadilhas processuais, que se nutrem de um formalismo acéfalo (para o Poder Judiciário) ou de uma malandragem bem sucedida (para a parte que dele se vale) em ordem a negar tutela a direitos dignos de proteção judiciária³⁴³.

Esse é mais um caso como tantos outros em que a dúvida é manifestamente perniciosa ao sistema e a seus operadores, sendo que mais importante do que ficar elocubrando sobre a resposta correta é encontrar uma resposta rápida e que atenda aos anseios da praxe forense, permitindo tanto quanto possível um enfrentamento de mérito da questão. A resposta deve ser a que possibilite um julgamento mais rápido e menos dispendioso, mais eficaz e mais propenso à estabilidade. De qualquer forma, uma resposta

³⁴³ “Nosso direito processual é, de fato, excessivamente complexo, rico em vicissitudes formais que exigem do operador raciocínio apuradíssimo. Tais circunstâncias, com efeito, propiciam a idéia de ‘sistema orgânico de armadilhas’ que em muito prejudica o alcance dos escopos do processo. Há, aqui, tendência de *processualizar* conflitos, de modo que a solução do litígio seja fornecida pela aplicação do direito processual, em detrimento do direito material, fato que prejudica as finalidades da jurisdição, tornando o processo uma arma a serviço dos mais bem preparados, capaz de permitir que os bens da vida sejam adjudicados aos sujeitos que melhor sabem lhe fazer uso, independentemente dos fatos e do direito material. Situação que é severamente piorada a partir do momento em que a jurisprudência vacila e gera incertezas jurídicas.” (MACHADO, Marcelo Pacheco. *Incerteza e Processo*. Um estudo direcionado às técnicas recursais e à ação rescisória. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade de São Paulo, set/2009, pp. 85-86).

deve ser consolidada pelo sistema – e aí vem a importância das súmulas, a fim de prover a necessária previsibilidade na atuação processual das partes.

Enquanto uma definição sumulada não chega, os tribunais e desembargadores têm o dever de aceitar qualquer instrumento utilizado. Voltamos àquela noção de previsibilidade que marca a atuação das partes no processo, inerente ao princípio da eficiência: a parte não pode ser prejudicada com a incerteza que, em ponto localização, esteja desgovernando a jurisprudência³⁴⁴.

4. O princípio da eficiência e os recursos de índole extraordinária

4.1 A função primordial dos Tribunais Superiores diante da Constituição

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm um papel fundamental na harmonização do ordenamento jurídico, devendo nortear juizes e Tribunais de todo o país sobre a correta interpretação/aplicação a ser dada à Constituição (caso do STF) e às leis (caso do STJ). Não é da sua incumbência constitucional proferir a decisão *justa* a cada caso concreto, ponderando sobre todas as suas peculiaridades de fato e de direito. Isso é tarefa para as instâncias ordinárias (juizes de primeiro grau e Tribunais de Apelação; os Tribunais de Justiça nos Estados e os Tribunais Regionais Federais da Justiça Federal)³⁴⁵.

³⁴⁴ Acolhemos a lição de José Bedaque: “Porque há dúvida sobre como proceder em determinadas situações para obtenção de efeito suspensivo a recurso, deve ser admitido qualquer dos meios sugeridos pela doutrina, inclusive o mandado de segurança. No caso da apelação, por exemplo (art. 520, I-VII, do CPC), deve o autor pleitear a suspensão da eficácia da sentença na própria petição de recurso (art. 558, parágrafo único). Mas há quem entenda também adequada a demanda cautelar, a ser proposta perante o tribunal (CPC, art. 800). Admite-se, ainda, o mandado de segurança, embora haja controvérsia a respeito, tendo em vista tratar-se de via inadequada a esse fim. Como há dissenso, tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial, não deve ser rejeitada qualquer dessas alternativas, pois a parte não pode ser submetida aos rigores técnicos inerentes a esta ou àquela corrente. Deixar de examinar o pedido nesses casos, por entender não adequada a via escolhida pelo recorrente, é instaurar insegurança na relação processual.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006; pp. 119-120).

³⁴⁵ Apenas excepcionalmente devem fazê-lo, como o faz a jurisprudência do STJ que corrige valores abusivos de indenização por danos morais, seja quando irrisórios ou exagerados, como às vezes sói ocorrer. Em caráter paradigmático: “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a revisão do valor a ser indenizado somente é possível quando exorbitante ou irrisória a importância arbitrada, em flagrante violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Precedentes.” (STJ, REsp 1103538

A principal função destes Tribunais, assim, é de uniformização da jurisprudência nacional sobre a aplicação do Direito, fixando em caráter genérico as teses jurídicas a serem trilhadas pelas instâncias inferiores em casos similares. Esta tarefa de uniformização do Direito contribui vigorosamente para a efetivação do princípio da eficiência em matéria processual, nos aspectos de segurança e celeridade.

Quanto à segurança jurídica, o posicionamento claro dos Tribunais Superiores sobre os mais variados temas permite às partes antever o que podem e o que não podem fazer num processo, bem como quais serão as conseqüências processuais de se adotar um comportamento “X” ou “Y”. Igual serventia tem para o comportamento das pessoas na sociedade, uma vez que a fixação da jurisprudência pode esclarecer sobre os riscos da atividade empresarial em geral, facilitando os investimentos privados na economia, bem como reprimir ou liberar a prática de condutas cuja legalidade seja duvidosa, na medida em que se pronuncie com firmeza sobre a licitude de tais condutas.

Quanto à celeridade, a jurisprudência consolidada impede o que se pode denominar de “*custos de reflexão*”, ou seja, que o magistrado passe longo tempo com o processo engavetado aguardando a oportunidade de refletir sobre as razões que dão suporte à tese jurídica “A” ou “B”, para ao final tomar posição por uma delas³⁴⁶.

Refletir sobre um tema jurídico, ponderando a respeito de todos os fundamentos de teses contrárias entre si, às vezes construindo tese intermediária, é atividade que exige esforço intelectual e meditação acurada. Por isso, naturalmente, toma tempo, exigindo a leitura de artigos acadêmicos sobre o tema, preferencialmente com

– AM, Rel. Min. Benedito Gonçalves, publicado no DJe em 21/09/2009. Em casos singulares de significativa importância nacional ou regional, é natural que estas Cortes profiram a última palavra.

³⁴⁶ O conceito de custo de reflexão é tomado em paralelo ao de custo de transação, a que se refere a doutrina do direito comercial. A padronização de contratos, com a fixação de cláusulas uniformes, é benéfica ao fluxo comercial porque impede que as partes percam tempo e dinheiro na discussão de cada uma de suas cláusulas. Nessa linha, o tempo dos magistrados de primeiro grau é muito melhor aproveitado se podem simplesmente aplicar os entendimentos consolidados dos Tribunais em questões jurídicas, alavancando a sua eficiência na análise das situações de fato que sejam controvertidas no processo.

opiniões contrapostas, a fim de que o julgador possa ponderar todos os aspectos relevantes do problema posto.

Contudo, na atual realidade da praxe forense, os magistrados se vêm atolados com uma avalanche interminável de processos, com as mais variadas questões fáticas e jurídicas, além dos problemas administrativos que devem gerenciar. Esse quadro faz com que a análise da tese a ser adotada acabe sendo postergada para depois, deixando adiada a solução decisória do problema posto. Quando há súmula ou jurisprudência dominante sobre o tema, todavia, esse *custo de reflexão* fica superado pela mera aplicação do precedente consolidado pela instância superior. Se não dá para resolver todos os problemas de fato e de direito que o drama da vida humana é capaz de inventar, há uma inegável otimização da produtividade na aplicação da lei em tese.

Não se propugna, com isso, que o magistrado deixe de pensar. Ele pode até discordar da jurisprudência dominante, mas deve acompanhá-la por um imperativo de eficiência e de igualdade de tratamento das pessoas frente ao Poder Judiciário. Sempre haverá, de qualquer forma, um conjunto de casos em que controvertem sobre questões de fato, ou cuja especificidade da questão de direito não comporta generalização sumular (ex: interpretação de cláusulas contratuais não padronizadas ou seu contraste com a lei).

Além disso, a independência não é uma prerrogativa da pessoa física do juiz, mas sim um instrumento para garantir a lisura e a impessoalidade na prestação da tutela jurisdicional. Não se quer um juiz amedrontado com ligações de quem quer que seja para favorecer “A” ou “B” no processo, mas as súmulas, pela aptidão de serem aplicadas a todos os casos presentes e futuros, evitam justamente que a pessoalidade prospere, ou que a discrepância de entendimentos produza decisões díspares para casos que merecem a mesma solução. A jurisprudência consolidada – dada a tendência de acompanhamento dos entendimentos pelas instâncias inferiores do Poder Judiciário – evita que a sorte seja um fator preponderante na decisão da causa, ou seja, evita o fenômeno indesejado conhecido como “loteria judiciária”: o ganho da causa ou o tratamento processual que será dispensado às partes fica na dependência de o feito ser distribuído para o juiz “A” ou “B”, que

divergem sobre a tese jurídica adotada. É fato que gera descrédito ao sistema judiciário, viola o princípio da igualdade e, tanto quanto possível, deve ser evitado³⁴⁷.

4.2. A transcendência como pressuposto processual finalístico do recurso especial.

Pode um juízo ou tribunal judiciário escolher os casos que vai julgar? Se isto for possível, quais são os critérios e o procedimento de escolha? A análise da conformação de uma decisão com o ordenamento jurídico, feito na via recursal pelos tribunais, comporta apreciação discricionária quanto à conveniência e oportunidade do reexame da causa? Qual a relação desse tema com o princípio da eficiência?

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a Emenda Constitucional nº 45/2004 acrescentou um § 3.º ao art. 102, prevendo expressamente essa possibilidade, ao dispor que “*no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei*”³⁴⁸, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

Ainda que se diga que, havendo repercussão geral, o STF está vinculado a proferir julgamento – e portanto não haveria discricionariedade e sim vinculação, é fato que, sendo tão grande o grau de indeterminação legal sobre a elasticidade da repercussão geral, deu-se margem ao Tribunal para admitir as causas que bem entender, a seu juízo de conveniência e oportunidade, para a melhor concretização do interesse público. A discricionariedade é inegável; não num sentido de arbitrariedade, nem de conveniência e oportunidade dirigidas a interesses privados ou excusos, mas sim numa amplíssima margem de liberdade para definir se um caso será ou dotado de repercussão geral e, por isso mesmo,

³⁴⁷ Isso é muito comum de acontecer quando surge uma medida governamental de restrição direta nos direitos das pessoas, como a instituição de rodízio para veículos feita na cidade de São Paulo ou a proibição de *outdoors* para campanha publicitária de empresas, também na cidade de São Paulo. A constitucionalidade/legalidade dessas medidas é sempre posta em questão, dando origem a múltiplas demandas com a mesma causa de pedir, mesmo pedido, mas decisões discrepantes entre si, gerando diferença de tratamento entre os jurisdicionados.

³⁴⁸ Foi editada a Lei nº 11418/2006, que regulamentou a necessidade de “repercussão geral” como requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário.

apto a receber o exame de mérito da Suprema Corte. Definir se os recursos têm repercussão geral é uma atividade de escolher casos pela sua importância.

No âmbito do Tribunal Superior do Trabalho já havia instituto da mesma natureza para o recurso de revista, sob o rótulo de exame de “*transcendência*”, previsto pelo artigo 896-A da CLT: “*O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica.*” Este dispositivo foi inserido pela Medida Provisória n.º 2.226, de 04/09/2001, e foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade no STF, atualmente pendente de julgamento.

A possibilidade do “*exame de transcendência*” ou da existência de “*repercussão geral do recurso*” deve ser analisada a partir da função constitucional dos Tribunais Superiores, cuja existência não se justifica para a correção de distorções pontuais no julgamento do caso concreto – salvo situações excepcionalíssimas, mas sim para unificar e uniformizar a aplicação do direito para todos os demais juízos e tribunais do país³⁴⁹.

Se essa é a função primordial que têm os Tribunais Superiores, se os recursos humanos e materiais para tal tarefa são limitados e devem atingir esse objetivo maior, o exame da efetiva transcendência ou repercussão geral do recurso constitui requisito constitucional implícito da sua admissibilidade.

³⁴⁹ Neste sentido aponta a doutrina: “O que dá característica própria ao STJ são suas atribuições de *controle da inteireza positiva, da autoridade e da uniformidade de interpretação da lei federal*, consubstanciando-se aí jurisdição de tutela do princípio da incolumidade do Direito objetivo que constitui um valor jurídico – que resume certeza, garantia e ordem –, valor esse que impõe a necessidade de um órgão de cume e um instituto processual para a sua real efetivação no plano processual.” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2003; p. 561); “Não configurando o Supremo Tribunal Federal uma terceira (e, eventualmente, Quarta) instância de julgamento, e sendo sua tarefa precipuamente (art. 102 C.F.) a defesa da Constituição, conclui-se que os respectivos recursos não se prestam (ao menos não num primeiro momento) à correção dos julgamentos prolatados pelas instâncias inferiores. A preocupação principal é, ao contrário, com o Direito Objetivo. Daí falar-se, inclusive, de um recurso objetivo no sentido de preocupação com questões de ordem objetiva, e não com as causas subjetivamente presentes no processo do qual, eventualmente, emerge o recurso em apelo.” (TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006; p. 300, em que o autor tecia considerações sobre o recurso extraordinário ao STF).

Assim como a jurisprudência identificou o *prequestionamento* como requisito recursal, é preciso que se atente para a *transcendência* como pressuposto recursal finalístico, isto é, vinculado à finalidade constitucional das Cortes Superiores.

As limitações humanas, materiais e orçamentárias que tocam às Cortes Superiores, assim como a todos os demais órgãos públicos, tornam inviável e impraticável a distribuição da tutela jurisdicional de sorte a que possam analisar e discutir todas as questões e casos³⁵⁰. Cabível ou não o recurso, importante ou não, procedente ou não, sempre se poderá bater às suas portas para requerer uma revisão da causa. Desse modo, a estipulação de prioridades revela-se fundamental e sua falta contribui para aprofundar a crise de morosidade e efetividade em que o sistema judiciário se encontra atualmente. A estipulação de um filtro não demanda norma expressa; pode ser extraída implicitamente do princípio constitucional da eficiência. À tentativa de atender a tudo e a todos com perfeccionismo contrapõe-se a dura realidade, em que poucos são atendidos e pouco satisfatoriamente³⁵¹.

Nas palavras do Min. Cezar Asfor Rocha, atual Presidente do Superior Tribunal de Justiça:

“A progressão geométrica da demanda compromete não só a celeridade, mas a própria missão constitucional do STJ, que é a de uniformizar a interpretação das leis federais. Chegou-se ao paradoxo em que, por julgar número excessivo de processos, a construção da jurisprudência, que é seu papel maior, ficou em segundo plano. Com uma média anual de 10 mil processos julgados por cada ministro, o complexo ato de julgar corre o risco de se transformar em mero ato mecânico.”³⁵²

³⁵⁰ “O direito a um processo justo tem de levar em conta, necessariamente, o perfil judiciário brasileiro. Vale dizer: tem de ter presente as normas de organização judiciária, dentre as quais se destacam aquelas que visam a delinear a função que se acomete aos tribunais superiores em nosso país e a maneira como essa vai ser desempenhada.” (MARIONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008; p. 12)

³⁵¹ Sobre a perniciosidade da excessiva abrangência do recurso extraordinário, Braghittoni pontuou: “na medida em que *qualquer* questão dentre as previstas pode ser discutida por tal recurso, sem nenhum critério qualitativo que as discrimine, *a importância dos julgados* – e, por consequência, do próprio Tribunal – *também se torna minorada*. Em vez de tribunal máximo, de julgador das linhas mestras de orientação da jurisprudência, o Supremo se torna *mais uma* instância – e apenas *mais uma* mesmo. De “guardião da Constituição” torna-se mera “3ª instância.” (BRAGHITTONI, Rogério Ives. *Recurso Extraordinário: uma análise do acesso do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Atlas, 2007; p.

³⁵² ROCHA, Cezar Asfor. *Justiça de qualidade*. In “Folha de São Paulo”, painel Tendências e Debates, p. A3, ed. 08/09/2008.

O princípio constitucional da eficiência implica a necessária atribuição de prioridades, inclusive ao Poder Judiciário, restringindo a atuação das Cortes Superiores à sua função constitucional precípua. A análise de alguns poucos temas tem tamanha relevância política, social e econômica que, fossem resolvidos definitivamente com a celeridade que se deseja, trariam muito mais pacificação e estabilidade social do que a análise profusa de milhares de julgados sobre os mais diferentes temas.

Respondendo às questões acima propostas, existe não apenas a faculdade (*poder*), mas sim um dever de uma Corte Superior rejeitar o exame de casos sem significativa importância econômica, política ou social³⁵³. É uma questão de sobrevivência do sistema que está ligada à eficiência na prestação da tutela jurisdicional e, por isso, ao direito subjetivo de acesso a um processo judicial justo.

Reconhecer a existência e a legitimidade da transcendência, portanto, significa dar vazão ao princípio da eficiência. Se para o STF a repercussão geral está explicitada no ordenamento jurídico, para o STJ, no âmbito do recurso especial, a *transcendência* está implícita no sistema. A discricionariedade para o julgamento consistirá apenas em avaliar, à luz do interesse público, se a causa possui relevância suficiente para merecer apreciação pelo Tribunal de superposição com competência recursal de índole extraordinária (STF ou STJ), considerada a sua função constitucional. É nisso que se restringe o exame de conveniência e oportunidade para aplicação do instituto.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, o tema já foi regulamentado pela Lei 11.418/2006, que prevê que a exigência de repercussão geral, tendo sido feitas

³⁵³ “Dois pontos são muito importantes para entendimento da consistência na interpretação das normas jurídicas e para a coerência da aplicação aos casos concretos, bem como para a eficiência operacional do sistema: (a) a predominância de reduzido número de magistrados nas Cortes Superiores, e (b) a obrigatoriedade de descarte de casos repetitivos, sem teses de importância ou irrelevantes do ponto de vista econômico e social. O tratamento desses pontos faz compreender a sobrevivência do sistema, cuja coerência e estabilidade correriam enorme risco de pulverizar-se em uma justiça de ocasião para cada caso, produzindo a aporia no controle social. (BENETI, Sidney. *Doutrina de precedentes e organização judiciária*. In *Processo e Constituição*, estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, coord. São Paulo: RT, 2006; p. 475.) O autor tratava a respeito do sistema de

alterações no seu regimento interno para contemplar a possibilidade de aplicação do instituto.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, não havendo norma expressa para regular o exame da transcendência, referidos diplomas normativos podem ser usados analogicamente para implantar a aplicação prática do instituto, sendo de todo conveniente que a regulamentação venha a ingressar também no seu próprio regimento interno.

4.3 O dever de sumular teses jurídicas

Ainda como corolário da principal função constitucional dos Tribunais Superiores, a edição de súmulas é atividade que se impõe. Ou seja, não é faculdade destes órgãos judiciários, mas sim um dever institucional, ligado à maior eficiência da prestação da tutela jurisdicional³⁵⁴.

Se o objetivo destes Tribunais não é discutir os fatos e provas emergentes de um caso concreto, mas sim discutir Direito objetivo e fixar balizas para a sua aplicação pelas demais instâncias judiciárias, bem como para a Administração Pública e os particulares, todo julgamento deveria dar origem a uma ou mais súmulas. Se o caso tivesse tantas peculiaridades que impeçam a extração de uma súmula, deve-se então fundamentar e justificar a não edição, nos termos do art. 93, X, da Constituição.

precedentes em países de common law, com considerações que, ao nosso ver, são perfeitamente aplicáveis ao ordenamento jurídico brasileiro).

³⁵⁴ “A jurisprudência exerce importante papel na manutenção da certeza do direito positivo, sendo a construção de precedentes jurisprudenciais sólidos e reiterados um dos meios mais lógicos de combatermos as chamadas *crises de interpretação*, instauradas na técnica processual. Não há, de fato, segurança jurídica enquanto tribunais discutem, sem preocupação de atingir consenso, qual seria a correta interpretação de determinada regra processual. Esse estado de incerteza, como visto, impede que o processo cumpra corretamente a sua função, gerando sérios prejuízos para a efetividade. As consequências nefastas de tal situação de incerteza podem ser minoradas pelo uso de técnicas processuais específicas (instrumentalidade das formas, fungibilidade recursal, *etc.* No entanto, uma solução definitiva para o problema pode ser concedida, apenas, pelas cortes de justiça, em especial, pelos tribunais de sobreposição.” (MACHADO, Marcelo Pacheco. *Incerteza e Processo*. Um estudo direcionado às técnicas recursais e à ação rescisória. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade de São Paulo, set/2009, pp. 90-91).

A edição de súmulas ainda é extremamente tímida. O STF julgou 373.506 (trezentos e setenta e três mil, quinhentos e seis) processos nos anos de 2005 a 2007. Em compensação, no mesmo período, editou apenas 03 (três) súmulas vinculantes³⁵⁵. O STJ, apenas no ano de 2007, julgou 330.257 (trezentos e trinta mil, duzentos e cinquenta e sete) feitos. Em compensação, editou apenas 13 (treze) súmulas no mesmo período³⁵⁶.

Os Tribunais Superiores deveriam se esforçar sempre em sumular o entendimento jurídico sobre as matérias que sejam objeto de sua reflexão, aproveitando o julgamento do caso concreto para lançar as teses genéricas que terão aplicação em outros processos que retratem a mesma situação fática. Essa deveria ser a regra de atuação das Cortes Superiores, de modo que a impossibilidade de edição de súmula sobre questão jurídica deveria ser justificada em cada caso concreto.

Assim como o Conselho da Justiça Federal organizou as jornadas de direito civil, fixando um entendimento doutrinário a respeito de diversos pontos polêmicos do Código Civil de 2002, a primeira providência que o STJ e o STF deveriam tomar para cumprirem seu papel constitucional primordial, prestando relevante serviço à sociedade, seria realizar diversas reuniões dos seus membros, observados o quorum legal e as normas regimentais, para promover uma análise da sua própria jurisprudência dominante e dela sacar todas as súmulas que pudessem. Audiências públicas com renomados professores e profissionais do Direito poderiam colaborar nesta missão.

4.4 O efeito vinculante das súmulas

É pacífico na doutrina o entendimento de que o inciso LXXVIII do art. 5.º da Constituição, introduzido pela E.C. nº 45/2004, trouxe apenas a especificação de algo que já havia no sistema jurídico. Ou seja, o direito à razoável duração do processo já existia desde a Constituição de 1988, ainda que implícito. Não houve nenhum acréscimo normativo, mas apenas a explicitação de um direito fundamental preexistente.

³⁵⁵ Dados extraídos do sítio www.stf.jus.br, acesso em 23.09.2008.

O mesmo raciocínio deve ser feito para o caráter *vinculativo* das súmulas. É algo que já estava no sistema. Não foi introduzido pela E.C. n.º 45/2004 porque já era inerente à cláusula do devido processo legal em sentido substantivo, ainda que em caráter implícito. Ressalte-se que esta ilação nada tem de pacífica; vem desta tese e passaremos a explicar as razões que a sustentam.

As súmulas, como consolidação da jurisprudência dominante, permitem a efetivação do princípio da segurança jurídica, conferindo objetividade ao tratamento de um tema pelos Tribunais, orientando com isso o comportamento de todos os possíveis afetados, que podem usufruir da previsibilidade dos efeitos de suas condutas. Ademais, permitem que as partes sob mesma situação fática recebem tratamento paritário do Poder Judiciário. Atende-se, com isso, ao princípio constitucional da igualdade na prestação da tutela jurisdicional. As súmulas, por fim, permitem maior rapidez na prolação de julgamentos, evitando ou diminuindo os “*custos de reflexão*”, de modo que estão também diretamente ligadas ao princípio constitucional da eficiência pelo seu aspecto de celeridade.

Diante de todas essas características, poderia um juiz de primeira instância contrariar uma súmula? Em nome de quê, da sua independência jurisdicional?

A resposta é negativa. O primeiro limite da independência judicial é a própria Constituição. Como o acompanhamento das súmulas coaduna-se com a vontade da Constituição, cumprir as súmulas significa promover os princípios da eficiência e da igualdade, ambos estampados na Constituição.

Juiz independente não pode, em nome da sua independência, deixar de cumprir lei que o STF considerou constitucional em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que considere a lei injusta. A decisão lhe é vinculante. Do mesmo modo, se um entendimento da Lei ou da Constituição é tido como o correto pelas instâncias superiores, com posicionamento já consolidado em súmula, contrariar esse entendimento é o mesmo que contrariar o ordenamento jurídico em si. Independência

³⁵⁶ Dados extraídos do sítio www.stj.jus.br, acesso em 23.09.2008.

significa liberdade para apreciar todas as questões de fato e as de direito não vinculantes, bem como analisar, sem qualquer ingerência superior, se o caso se enquadra na moldura que enseja a aplicação de uma súmula, mas não vai ao ponto de se poder contrariar a súmula em si, após constatar que ela seria aplicável ao caso.

Ressalte-se que a independência judicial não é uma garantia dada ao juiz para que ele possa se deleitar em proferir decisões que unicamente satisfaçam o seu sentimento pessoal de justiça; a independência judiciária é uma garantia de melhor funcionamento do sistema em matéria de imparcialidade do julgador, principalmente para garantir um justo e igualitário tratamento processual dado às partes. A independência do juiz significa que ele é livre para decidir o caso concreto, avaliando as provas produzidas, decidindo sobre os fatos controvertidos, decidindo se ocorre ou não a incidência de certas normas naquele caso concreto, mas sempre vinculado às balizas objetivas postas pelo sistema. Ou seja, a independência é uma garantia das partes de que não haverá influências externas, ditadas por interesses inconfessáveis, que desequilibrem a igualdade em prol daquele que tenha melhor condição social, política ou econômica. Ela é a garantia de um julgamento justo, conforme o devido processo constitucional.

Essa proteção à paridade das partes, propiciada, dentre outras garantias, pela independência judiciária, encontra nas súmulas importante fator de concreção. Isso porque, sejam quais forem as partes envolvidas, a decisão será sempre a mesma, dentro daquela moldura fática abrangida pela sua incidência. Isso sim é garantia de imparcialidade.

A independência judiciária deve ser compreendida como um fator que prestigia o princípio da igualdade e garante um julgamento justo, mas nunca numa perspectiva que permita a cada juiz contrariar o entendimento consolidado do Poder Judiciário sobre um tema, como uma célula cancerígena de destruição autofágica do sistema.

A par das súmulas, a independência da magistratura de base – na senda do valor que se propõe a tutelar – restará preservada na medida em que se confiará ao juiz a

tarefa de aquilatar os fatos e provas do caso sob exame, bem como avaliar se é ou não o caso de aplicação da súmula, dentro dos parâmetros do caso concreto. Essa tarefa continua sendo extremamente nobre e relevante, mas o juiz precisa ter consciência de que é um agente do sistema judiciário e para o sistema judiciário, de modo que seu trabalho deve atender às finalidades, valores e propósitos do sistema judiciário, ficando em segundo plano, frente a isso, sua visão particular, unilateral e subjetiva de justiça.

Diante dessas ponderações, súmula *vinculante* não é apenas a do Supremo Tribunal Federal, mas também a do Superior Tribunal de Justiça e mesmo as editadas pelos tribunais inferiores. Diante do respeito à hierarquia judiciária, essa vinculação atinge apenas o próprio tribunal que as editou [*rectius*: considerando seus membros individualmente e não o órgão plenário, que pode legitimamente alterar ou cassar a súmula] e as instâncias inferiores do Poder Judiciário, não submetendo as instâncias superiores.

O fato de a Constituição falar em súmula vinculante e em repercussão geral só para o Supremo Tribunal Federal, a partir da Emenda Constitucional n.º 45/2004, não significa a restrição desses institutos ao STF. A função constitucional do Superior Tribunal de Justiça impõe que eles tenham aplicação também para a atividade desta Corte Superior, assim como já tinham para o STF. Insistimos: ao menos nesses pontos, não houve inovação normativa com essa Emenda Constitucional, que apenas aclarou aquilo que já poderia ser deduzido do sistema.

Neste sentido, o princípio da eficiência foi expressamente estampado no art. 37, caput, da Constituição, por meio da Emenda Constitucional n.º 19/1998. Antes dela, porém, não havia nenhuma autorização para que o Estado, por meio de qualquer dos seus órgãos ou poderes, agisse de forma ineficiente. Ninguém duvida que o princípio já estava presente no sistema, ainda que em caráter implícito.

A EC n.º 45/2004, por sua vez, acrescentou um inciso XIV ao art. 93 da Constituição, dispondo que “os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório”. Não há uma nova

autorização da Constituição, mas simples esclarecimento do que antes já era possível de se ser feito, não só porque havia permissão legal³⁵⁷, mas também porque, em espeque no princípio da eficiência, o juiz tinha e tem autorização para incrementar procedimentos que promovam a celeridade no andamento do feito, desde que não impliquem o amesquinhaamentos de direitos constitucionais fundamentais das partes.

Outro exemplo paradigmático: o artigo 422 do Código Civil dispõe que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé.” Seria difícil alguém defender ou imaginar o contrário, mesmo durante a vigência do revogado Código Civil de 1916, quando inexistente *a redação expressa* dessa norma. Ocorre que muitas leis alteram um dispositivo legal apenas para correção de redação; outras para aclarar aquilo que já foi consolidado na jurisprudência e que, portanto, faz parte do sistema³⁵⁸.

É precisamente esse fenômeno que sucede com as súmulas com efeito vinculante. Embora a E.C. n.º 45 tenha feito referência apenas ao STF como competente para editá-las, o sistema constitucional originário já impunha essa qualidade a toda súmula, como corolário dos princípios da eficiência e da igualdade. Leia-se, contudo, vinculante *para a magistratura*, atributo que toda súmula possui: vincular os juízes de instância inferior e os lotados no próprio tribunal que as editou. O que as súmulas do STF têm com exclusividade é a vinculação não só das instâncias inferiores do Poder Judiciário, mas também da Administração Pública Direta e Indireta de todas as esferas federativas e dos particulares em geral.

4.5 A eficácia vinculante das súmulas: tutela de evidência e litigância de má-fé

³⁵⁷ CPC, art. 162, § 4.º. com redação similar: “Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessário.”

³⁵⁸ Em artigo intitulado *O direito a uma tutela efetiva e tempestiva na ação civil pública* (Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2006, in 20 anos da Lei 7.347/1985), demonstramos que o art. 1.º da referida lei, tão atacado pela doutrina dos direitos difusos e coletivos, que vedou ação coletiva relativa a tributos, foi na realidade a consagração da jurisprudência firmada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, com julgados de 1997, sem que houvesse qualquer norma legal nesse sentido.

Não resta dúvida de que as súmulas de qualquer tribunal são vinculantes para o juiz, ao assimilarmos no sistema processual o princípio constitucional da eficiência. Quanto ao STF, agora há norma constitucional expressa; quanto aos demais tribunais, a funcionalidade e padronização do sistema o exigem., consagrando que “todos são iguais perante a lei”.

Aprofundando o tratamento paritário que as partes devem receber do Estado dentro do processo, não é justo que a parte amparada em seu direito material pelo entendimento consolidado de uma súmula suporte sozinha o ônus da demora do processo. Se a parte faz *jus* a um provimento judiciário que irá beneficiar o seu patrimônio jurídico, por conta de um entendimento cristalizado em súmula, pode-se aventar a inconstitucionalidade *em concreto* – apenas para aquele caso concreto e outros mais em que se verificar a mesma situação – de parte das normas legais que limitem, impeçam ou embarquem a célere efetivação desse direito.

A parte favorecida não deverá suportar integralmente os ônus da demora do processo, que devem recair sobre a outra parte, a quem a súmula prejudica, desde que sua principal linha de defesa seja a contrariedade ao enunciado sumular. Em outras palavras, a parte favorecida com a súmula faz jus a uma tutela de evidência: o juiz deve antecipar a tutela sem a presença do requisito legal de perigo da demora. Enquanto o processo tramita, o direito da parte já vai sendo satisfeito.

Tomemos como exemplo a súmula 257 do STJ: “A falta de pagamento do prêmio do seguro obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres (DPVAT) não é motivo para a recusa do pagamento da indenização.” Sendo a principal linha de defesa do réu que o autor não deve receber a indenização porque não foi pago o DPVAT, o juiz pode julgar antecipadamente e lide e na própria sentença determinar a antecipação de tutela. Enquanto o Tribunal discute eventual recurso de apelação, a liquidação do débito e a execução provisória já começam.

Embora as súmulas fossem e sejam vinculantes para a magistratura, cabe fazer uma diferenciação: nem todas as súmulas são vinculantes para as partes. Num viés

prático que se pode extrair para a EC. nº 45/2004, podemos interpretar a inovação constitucional do art. 103-A em harmonia com o princípio da eficiência – que, a propósito, foi a causa principal da sua existência – para asseverar que as súmulas do STF já eram vinculantes para a magistratura, mas não o eram para as partes; de modo que a consagração do efeito vinculante deve ser compreendida tendo as partes como destinatárias da norma.

Antes do acréscimo do art. 103-A na CF/1988, prevalecia o entendimento de que as súmulas eram singelas recomendações. Diante disso, entendia-se como legítimo exercício do direito de defesa o comportamento da parte que recorria de uma decisão contrariando uma súmula, alegando sua ilegalidade ou inconstitucionalidade; ou então via-se sem perplexidade o comportamento na sociedade das pessoas em geral, incluindo o Estado, que importasse contrariedade ao enunciado de uma súmula. Essa cultura deve mudar.

O dever de probidade e cooperação das partes no processo inclui não fomentar processos em que a parte está se comportando ilicitamente à luz de entendimento já consagrado pela jurisprudência do STF, não podendo se escusar no benefício da dúvida sobre o sentido e alcance de uma norma constitucional ou legal se essa dúvida já foi sanada por interpretação consolidada em enunciado sumular. Se o processo nasce por culpa de uma parte que não cumpre súmula vinculante do STF, essa parte culpada deve responder pelas penas da litigância de má-fé³⁵⁹.

Também extrapola o legítimo exercício do direito de defesa a parte que protela injustificadamente o andamento para insistir num recurso que enunciado de súmula vinculante do STF. Sendo órgão máximo do Poder Judiciário Nacional, o último recurso possível da parte seria apreciado pelo por quem editou a súmula, de modo que a parte não poderia pretender a revisão do enunciado por uma instância superior. A revisão da súmula

³⁵⁹ A maioria dos incisos do art. 17 do CPC serve para tipificar a conduta: “Reputa-se litigante de má-fé aquele que: III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidentes manifestamente infundados. VII - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.”

pelo próprio STF, por sua vez, só se deve admitir pela iniciativa de um dos legitimados a tanto, nos termos do art. 3.º da Lei 11.417/2006³⁶⁰.

Se toda parte em todo processo puder provocar o STF para requerer a revisão da súmula, a sua *vinculatividade* será bastante enfraquecida, ruindo um dos pilares do seu sentido ao perder a potência de promover *celeridade* ao andamento do processo. Os recursos continuariam existindo sem fim, impunemente. Evitar isso é dever das partes e da magistratura, de modo que se devem impor as penas de litigância de má-fé a quem se comporta contra uma súmula vinculante do STF e enseja a abertura de um processo ou de quem, num processo, recorre contra súmula vinculante da Suprema Corte³⁶¹.

Não se pode dizer o mesmo das súmulas dos demais tribunais. Enquanto não houver norma expressa que as declare vinculantes, pode-se entender como legítimo exercício do direito de defesa a contrariedade da parte ao entendimento de uma súmula do STJ ou de outros tribunais inferiores, mormente pela possibilidade de que o enunciado seja revisto em grau de recurso extraordinário no STF. Outrossim, sem a existência de uma norma expressa, prevalece (e provavelmente continuará prevalecendo) o entendimento de que tais súmulas são desprovidas dessa qualidade, de modo que a parte seria colhida de surpresa se algum juiz a condenasse por litigância de má-fé por ter recorrido contra súmula não vinculante, contrariando a previsibilidade de comportamento das partes, inerente ao aspecto da segurança jurídica como um dos vetores axiológicos do princípio da eficiência no processo³⁶².

³⁶⁰ Art. 3º São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - o Procurador-Geral da República; V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VI - o Defensor Público-Geral da União; VII - partido político com representação no Congresso Nacional; VIII - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; IX - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

³⁶¹ Isto não vale para os Municípios, a quem o artigo 3.º, § 1.º, da Lei 11.417/2006, deferiu esse direito: “O Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo.”

³⁶² Concordamos com linha defendida por Rui Stoco, que exclui a litigância de má-fé por ausência de dolo: “Má-fé é a qualificação jurídica da conduta, legalmente sancionada, daquele que atua em juízo, convencido de não ter razão, com ânimo de prejudicar o adversário ou terceiro, ou criar obstáculos ao exercício do seu

Seguindo esta linha, podemos dizer que há duas espécies de vinculação de súmulas: a) uma que atinge toda a magistratura, compreendendo o dever de observância pelos componentes do tribunal que a editou, individualmente considerados, bem como todos os órgãos hierarquicamente inferiores na organização judiciária; b) outra que atinge as partes, de tal forma que a inobservância da súmula gera como sanção processual a imposição das penas por litigância de má-fé. Quando a Constituição fala em súmulas com caráter vinculante, está se referindo a estas duas qualidades. Só as súmulas do STF possuem vinculatidade para as partes, enquanto todas as demais súmulas possuem vinculatidade para a magistratura³⁶³.

4.6 Dever de manutenção da jurisprudência consolidada

direito.” (...) “As hipóteses de caracterização de litigância de má-fé estão arroladas em *numerus clausus* no art. 17 do CPC, ou seja, taxativamente, não comportando ampliação. Esse o entendimento quase pacífico dos nossos doutrinadores”. (...) “Embora taxativamente estabelecidas na lei processual civil, aquelas condutas somente ensejarão a imposição de sanção ou o dever de reparar se o agente ou a parte no processo agir com dolo ou culpa. (...) Dessarte, tanto retarda o andamento do processo aquele que o faz com a intenção de procrastinar e prejudicar a outra parte, como o profissional que, por menor capacidade, falsa percepção da realidade ou desconhecimento de algum dispositivo legal causa esse mesmo efeito.” (...) “As condutas que comprometem a atuação da parte em juízo e que induzem má-fé estão contidas, taxativamente, no art. 17 do CPC. Assim, até aqui, nenhuma novidade se depara. Ocorre que alguns autores, porque esse cânon preestabelece as condutas, que não podem ser diversas daquelas ali contidas, entendem que o legislador optou por um critério “objetivo”. Mas, como se verá quando do estudo da natureza jurídica da má-fé, essa previsão de condutas no próprio Código de Processo Civil não significa a adoção da teoria da responsabilidade objetiva, ou seja, conduta na própria norma, em tipo fechado, enquanto definida como *standard* na lei. São meros tipos legais que os alemães denominam *tatbestand*. Portanto, poder-se-ia resumir que os critérios para a verificação da má-fé são aqueles contidos na própria lei de regência, mas impõem e obrigam que se faça juízo de valor para verificar se o agente, ademais da conduta antijurídica, ingressou no campo da culpabilidade.” (STOCO, Rui. *Abuso do Direito e Má-Fé Processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; pp. 87, 90, 94, 96 e 97). Todavia, a prova do dolo não exige maiores indagações psicológicas: extrai-se objetivamente das alegações e dos atos das partes praticados no processo.

³⁶³ A doutrina vem salientando que a vinculação restringe-se à Administração Pública; nem mesmo as súmulas vinculantes do STF atingem o Poder Legislativo; como decorrência do princípio da separação entre os poderes, o Poder Legislativo poderia criar leis que contrariam o conteúdo de súmulas vinculantes, sendo certo que, quando a questão for constitucional, o STF poderia ser levado a contrastar o conteúdo da Lei com a Constituição por meio das ações diretas de inconstitucionalidade. Nesse sentido: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Ensaio sobre a aplicabilidade das súmulas vinculantes: perigos e benefícios*. In Bases científicas para um renovado direito processual, Athos Gusmão Carneiro e Petrólio Calmon (coord.) 2. ed. Salvador (BA): Editora JusPodivm, 2009; pp. 781-796. Entendemos que o princípio da eficiência também atinge o Poder Legislativo e, por isso, não lhe seria lícito editar uma nova lei para repetir o conteúdo de texto de lei declarado inconstitucional. Caberia até mandado de segurança do parlamentar para que a casa legislativa observasse o devido processo constitucional, quando da elaboração do ato legislativo. Todavia, isso não implicará manietar o Poder Legislativo: ao invés de se fazer uma lei que já nasce com a peca de inconstitucionalidade, remanesce a sua possibilidade de provocar o STF, por meio de qualquer das mesas do

Tanto quanto a elaboração das súmulas mostra-se socialmente benéfica, a sua revisão ou cancelamento, sem qualquer alteração legislativa, é diametralmente maléfica. Esta advertência é necessária aos que venham a ser assumir o cargo de Ministro dos Tribunais Superiores ou de Desembargadores nos Tribunais de Apelação (TJs e TRFs), para que se empenhem na manutenção da jurisprudência consolidada, ainda que tenham ressalva pessoal dela. Não tem cabimento o tribunal alterar a sua posição a esmo, toda vez que alterada a composição dos seus membros, o que não é raro de acontecer, principalmente quando a posição vencedora tiver maioria apertada de votos³⁶⁴.

Congresso Nacional, para revisar ou alterar o conteúdo da súmula, evitando desgaste desnecessário e riscos à estabilidade das relações jurídicas afetadas pela Lei que se gostaria de produzir.

³⁶⁴ Pouco a pouco essa consciência vem tomando corpo das Cortes Superiores. Na sua última entrevista como Ministro e Presidente do STJ, Humberto Gomes de Barros ressaltou a importância de se manter a jurisprudência da Corte. Confira-se alguns trechos: “Depois de 17 anos de magistratura, o presidente do Superior Tribunal de Justiça, ministro Humberto Gomes de Barros, despediu-se da Corte destacando a importância da manutenção da jurisprudência do STJ como fator fundamental para o fortalecimento do Tribunal: “É melhor uma interpretação errada do que uma jurisprudência vacilante”, enfatizou o ministro, que se aposenta no próximo dia 23, quando completa 70 anos. Ao presidir sua última sessão de julgamento na Corte Especial, Gomes de Barros ressaltou que o STJ foi criado para atuar em último grau como uniformizador da lei federal, mas, com o passar dos anos, houve uma deformação. O Tribunal concebido para julgar uns poucos processos por ano chegou ao descalabro de 330 mil processos julgados em 2007, disse. “Fomos vítimas e causadores dessa deformação ao fugirmos de nossa função decisiva, que justifica nossa existência: Manter uma jurisprudência uniforme, firme e perene.” (Notícia de 01/07/2008 sob o título “Gomes de Barros alerta para a importância de o STJ manter sua jurisprudência”, veiculada no sítio oficial do STJ – www.stj.jus.br, acesso em 05/10/2009). Em julgamento recente, o STF decidiu não referendar medida liminar concedida pelo Min. Eros Grau porque ela contrariava uma jurisprudência formada ao longo de 40 (quarenta anos) na Corte, tendo o Min. Celso de Mello asseverado acertadamente que é possível alterar precedentes do tribunal, mas sempre se deve ponderar que a favor da jurisprudência consolidada militam não apenas os argumentos que lhe servem de suporte, mas também o princípio da segurança jurídica, que é um dos aspectos do princípio da eficiência no processo. Confira-se a notícia: “*Supremo Tribunal Federal nega referendo à liminar que suspendeu cassações no TSE*. (...) “O ministro Eros Grau, relator da matéria, reforçou que sua liminar deveria ser referendada pela Corte devido à complexidade da matéria. Já o ministro Carlos Ayres Britto abriu divergência e votou contra o referendo. Para ele, a competência para a hipótese é da Justiça eleitoral. “Não vejo plausibilidade jurídica do pedido e a fumaça do bom direito não me parece presente”, disse Ayres Britto, destacando haver há um processo eleitoral e um sistema recursal próprios. Segundo ele, existe no caso um perigo na demora invertido se forem paralisados os julgamentos e devolvidos os processos aos Tribunais Regionais Eleitorais. O ministro mencionou haver sete processos contra governadores, que poderão não terminar os atuais mandatos. Do mesmo modo votou a ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha. Conforme ela, “não há plausibilidade jurídica a alterar uma jurisprudência de tantos anos”. Ela avaliou que a liminar, uma vez afirmada, gera mais insegurança jurídica em face de várias questões que dela se desdobram. Acompanhou a divergência o ministro Ricardo Lewandowski, ao ressaltar que a competência originária do Recurso Contra Expedição de Diploma (RCED) vem sendo afirmada há décadas. “A liminar introduziria no mundo jurídico uma grande insegurança”, completou. Com o relator, pela manutenção da liminar, votaram os ministros Cezar Peluso e Gilmar Mendes que reconheceram a razoabilidade jurídica da pretensão e, de forma mais restrita, o ministro Marco Aurélio. Este entendeu que a jurisdição não pode ser paralisada, uma vez que “é um direito do cidadão ver um certo pleito analisado pelo Judiciário”. No entanto, referendou a liminar em extensão menor, contra a suspensão da jurisdição a fim de que os mandados em curso fossem submetidos aos TREs para prosseguimento dos julgamentos. A ministra Ellen Gracie e os ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa também negaram o referendo. Para o ministro Celso de Mello, é mais prudente a preservação, pelos menos nesta fase, da jurisprudência sedimentada do TSE sobre a causa. Celso de Mello citou que o princípio

No âmbito do STF, a Lei 11.417/2006 estipula o quorum de 2/3 (dois terços) dos seus membros para editar, revisar ou cancelar súmulas vinculantes. Desde que se faça a separação entre vinculação para a Administração Pública e particulares, que só estas súmulas têm, e vinculação para a magistratura, que todas as súmulas têm, é possível e recomendável que o STF fixe, por norma regimental, quorum mais leve para editar súmulas em geral, sem o caráter vinculante para as partes, como o de adesão pela maioria absoluta dos seus membros, mas que terão caráter vinculante para a magistratura. Todavia, mesmo se o fizer, sugere-se que o quorum para a revisão ou cancelamento de tais enunciados seja também de 2/3 (dois terços), evitando que a alteração do pensamento ou a troca de um único membro na Corte possa sacrificar a jurisprudência já consolidada.

Frise-se a tese: jurisprudência consolidada é um bem social difuso, que garante a eficiência pela segurança jurídica que proporciona à sociedade. Sua alteração quebra essa segurança, devendo ser tratada com redobrada cautela. Mesmo assim, nunca se poderão prejudicar as partes que tiverem agido de conformidade com o entendimento da súmula cancelada ou alterada, antes do cancelamento ou alteração, cuja eficácia deve ser prospectiva.

5. Conclusões deste capítulo

da segurança jurídica é uma outra razão para não referendar a liminar. Segundo ele, “o valor da segurança é promovido pela estabilidade do direito que demanda uma certa continuidade no tempo da jurisprudência consolidada”. Contudo, o ministro avaliou não significar que os precedentes não possam ser alterados, mas que é preciso sempre ponderar as razões que motivam “o desejo de mudança de um precedente com as razões de segurança jurídica que apontam para a sua manutenção”. “Na hipótese presente são fortíssimas as razões de segurança jurídica que justificam a manutenção da jurisprudência impugnada tendo em vista não apenas o fato de que ela se cristalizou há mais de quatro décadas como também a circunstância de que os atores políticos relevantes têm pautado nela a sua atuação”, disse o ministro. De acordo com Celso de Mello, esse dado assume extrema importância, “pois coloca em pauta a questão relevantíssima da segurança jurídica que há de prevalecer nas relações entre o Estado, o candidato e o cidadão eleitor, em ordem a que as justas expectativas desses protagonistas do processo político eleitoral não sejam frustradas por atuação inesperada do poder público”. Assim, os ministros Eros Grau, Cezar Peluso, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, este em menor extensão, se pronunciaram favoráveis à manutenção da liminar. Já os ministros Carlos Ayres Britto, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Celso de Mello votaram contra o referendo da liminar.” (Notícia veiculada dia 01 de outubro de 2009 no sítio oficial do STF – www.stf.jus.br, acesso em 05 de outubro de 2009)

1. Não há expressa ou implícita previsão constitucional para um direito fundamental ao duplo grau de jurisdição no âmbito do processo civil. A criação de recursos, seus requisitos e hipóteses de cabimento é matéria de âmbito estritamente legal, cabendo ao legislador, segundo sua discricionariedade técnica, estruturar o sistema conforme as vantagens e desvantagens que qualquer conformação legislativa apresenta. Mesmo os recursos previstos na Constituição podem ser objeto de supressão pelo Poder Constituinte Derivado.

2. Na esteira da conclusão anterior, resulta equivocada recente súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal no sentido de que “É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo”³⁶⁵.

3. O princípio da eficiência deve contribuir na discussão doutrinária sobre o novo conceito de sentença. Merece prestígio a interpretação que mantém o conceito de sentença como ato do juiz que põe fim ao processo, com ou sem resolução do mérito, sem prejuízo de que o magistrado possa cindir o feito quando tiver condições de julgar parcela significativa do pedido de imediato, necessitando de longa instrução processual para julgamento da parcela restante.

4. A jurisprudência deve proporcionar algum instrumento processual idôneo à parte que queira dotar de efeito suspensivo o recurso de apelação desprovido desse efeito. Todavia, muito mais importante do que decidir, à luz da legislação vigente, qual seja esse instrumento (mandado de segurança, agravo de instrumento, medida cautelar ou simples pedido de antecipação de tutela recursal), é definir qualquer um deles em caráter de urgência e com estabilidade, seja ele qual for. Enquanto isso não ocorre, a fungibilidade deve ser amplamente aceita.

5. A principal função dos Tribunais Superiores (STF e STJ) é de uniformização da jurisprudência nacional sobre a aplicação do direito, fixando em caráter genérico as teses

jurídicas a serem trilhadas pelas instâncias inferiores em casos similares. Esta tarefa de uniformização do direito contribui vigorosamente para a efetivação do princípio da eficiência em matéria processual, nos aspectos de segurança e celeridade

6. O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal podem e devem fazer uma análise de *transcendência* sobre a admissibilidade de um recurso (especial ou extraordinário) quanto ao seu *pressuposto constitucional finalístico*, afastando a apreciação de causas que não tenham serventia para o seu desiderato constitucional, seja porque não permitem a sumulação de questão jurídica, seja porque não ferem súmula existente, nem tratam de questão relevante da perspectiva econômica, social, política, jurídica ou moral. O instituto da repercussão geral, explicitamente previsto para o STF, estende-se implicitamente para o STJ.

7. Os Tribunais Superiores sempre devem se esforçar em sumular o entendimento jurídico sobre as matérias que sejam objeto de sua reflexão, aproveitando o julgamento do caso concreto para lançar as teses genéricas que terão aplicação em outros processos com a mesma situação fática. Se as súmulas tivessem sido editadas com maior frequência pelo Superior Tribunal de Justiça, não haveria necessidade da Lei n.º 11.672/2008, que acresce o art. 543-C ao CPC e trata do julgamento de recursos repetitivos.

8. A omissão em editar a súmula só se justifica quando o caso tiver peculiaridades de fato, devidamente apontadas na fundamentação, que impeçam a generalização própria das súmulas.

9. Há duas perspectivas de vinculação para as súmulas. Todas as súmulas têm efeito vinculante para o próprio tribunal que as editou e para as instâncias inferiores da organização da magistratura, derivando tal conclusão do princípio da igualdade, segurança jurídica e celeridade; já o efeito vinculante das súmulas do Supremo Tribunal Federal, expressamente previsto pela E.C. n.º 45/2004, faz com que seus comandos se estendam

³⁶⁵ Conforme notícia veiculada no site do Supremo Tribunal Federal (www.stf.jus.br) do dia 29.10.2009, sob o título “Supremo aprova cinco novas súmulas vinculantes sobre temas diversos (Republicada)”

também à administração pública direta e indireta dos três poderes, sem prejuízo de obrigarem os particulares, que estarão litigando de má-fé se as contrariarem frontalmente.

10. A edição das súmulas vinculantes não fere o princípio da separação entre os poderes uma vez que o Poder Legislativo pode, querendo, editar lei em sentido contrário. Ademais, elas apenas especificam o conteúdo dos próprios textos legislativos quando há alguma controvérsia sobre sua vigência, alcance ou validade, havendo a necessidade de se pacificar uma única interpretação dentre várias possíveis. Também não se fere a independência do Juiz, que se presta a garantia das partes quanto à lisura do conteúdo da decisão jurisdicional, não servindo como pretexto para que cada juiz extravase seu sentimento pessoal e isolado de justiça nos casos submetidos à sua apreciação.

11. A parte favorecida com a edição de uma súmula não deverá suportar integralmente os ônus da demora do processo, que devem recair sobre a outra parte, a quem a súmula prejudica, desde que sua principal linha de defesa seja a contrariedade ao enunciado sumular. Deste modo, a parte favorecida com a súmula faz jus a uma tutela de evidência: o juiz deve antecipar a tutela sem a presença do requisito legal de perigo da demora.

12. A jurisprudência consolidada é um bem social difuso. Sua manutenção pelos tribunais constitui imposição constitucional do princípio da eficiência. Embora possíveis, as alterações jurisprudenciais devem ser realizadas em caráter excepcional. Qualquer tribunal deve agir com redobrada cautela na modificação de suas súmulas, ou mesmo da sua jurisprudência dominante, exigindo quórum qualificado para a revisão ou cancelamento de súmula.

Capítulo IV

O princípio da eficiência e a execução.

1. O princípio da eficiência na preservação de procedimentos: o interesse de agir do portador de título executivo em propor ação cognitiva.

Imagine-se um credor munido de título ao qual a lei confere a qualidade de “*título executivo*”, preponderantemente convicto da existência e validade do seu crédito, que queira, antes de promover a execução, ter a certeza de que ela não será fulminada pelos argumentos e questões alegados pelo devedor para justificar seu inadimplemento. Ou seja, o credor prefere promover demanda de conhecimento ao invés da execução. Ele tem interesse de agir?

Encontramos na doutrina e na jurisprudência quem ofereça resposta negativa a essa questão com base no seguinte fundamento: se o sujeito já tem título executivo, não lhe será útil nem necessário um processo de conhecimento que, ao fim e ao cabo, nada mais lhe trará que um título executivo³⁶⁶. O raciocínio nos parece equivocado; há sim interesse de agir e o princípio da eficiência contribui com tal reflexão.

Um dos mais relevantes valores que o homem moderno busca agregar à sua vida é a segurança. Num mundo cheio de vicissitudes, mudanças e contratempos como o

³⁶⁶ Confira-se, neste sentido, a posição de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery: “Carece de interesse processual, interesse necessidade (CPC267 VI), para intentar ação de conhecimento de cobrança, aquele que não dispõe de título executivo que o habilite para a execução. Isto porque a finalidade da ação de cobrança é a formação de título executivo que torne o autor habilitado à execução, e, se ele já dispõe de título com força executiva, não tem interesse na obtenção de sentença condenatória.” NERY Jr., NELSON e NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil comentado. 9. ed. São Paulo: RT, 2006; p. 844. No mesmo sentido: “Monitória – Prova escrita – Cédula de crédito bancário. Documento considerado título executivo extrajudicial, nos termos dos arts. 26 e 28 da Lei 10.931/04 e art. 585, inc. VIII, do CPC – Inadequação da via eleita – Ausência de interesse de agir – Carência de ação decretada de ofício.” (TJSP, Ap. Cível n.º 7.271.569/0-00, julgamento em 05/11/2008); “Não parece razoável que aquele que detém título executivo, podendo desde logo buscar a satisfação do seu crédito ou o cumprimento da obrigação cuja prestação lhe favorece, ou qualquer outra providência, maneje processo de conhecimento, mormente aquele de rito ordinário, que sabidamente se destina, em linhas gerais, ao reconhecimento ou à constituição de direitos.” (TJSP, Ap. Cível n.º 2.805.295/6-00, julgado em 11/11/2008, *trecho de voto do relator*).

atual, a certeza sobre a existência, validade, eficácia, conteúdo e alcance das relações jurídicas de uma pessoa, seja física ou jurídica, é em si um bem digno de proteção. Tanto é assim que o sistema jurídico admite as ações meramente declaratórias, com a função de resolver crises de certeza do direito material.

Ora, uma pessoa pode ter o justo receio de não querer promover uma execução que possa ser futuramente considerada temerária. Se isso ocorrer, a pessoa poderá ser objetivamente responsabilizada pelos danos ao patrimônio do executado, sem prejuízo de arcar com as despesas processuais e honorários de sucumbência³⁶⁷.

Então, é lícito o interesse dessa pessoa de que todas as questões de direito material que possam frustrar a sua pretendida execução sejam previamente discutidas.

Veja-se que a amplitude da defesa da impugnação a título executivo judicial é bem mais restrita do que a amplitude da defesa a ser exercida nos embargos à execução contra título executivo extrajudicial. A impugnação admite a dedução de matérias de defesa bem restritas, conforme consta do art. 475-L do CPC. Já os embargos do devedor admitem, além das matérias próprias da impugnação, que o embargante apresente “qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento”, conforme art. 745, V, do CPC.

Nisso se vislumbra o interesse de agir na propositura de demanda de conhecimento. Se o executado poderá, no curso da execução por título extrajudicial, apresentar em embargos qualquer matéria de defesa que poderia ser deduzida como contestação em processo de conhecimento, merece tutela o desejo do credor de antecipar perante o juiz competente toda a discussão meritória da causa com o devedor, evitando propor uma execução que poderia ser julgada descabida.

³⁶⁷ Havendo embargos do devedor julgados procedentes, o exeqüente tem de pagar despesas processuais (custas e honorários advocatícios) de dois processos: da execução e dos embargos.

A propositura do processo de conhecimento pelo credor ser-lhe-á útil na medida em que terá muito mais segurança para promover posteriormente a execução, que se fará como cumprimento de sentença, quando já sepultada toda a matéria de defesa que poderia ser deduzida pelo devedor para atacar a higidez do título ou da obrigação. Evita-se com isso uma lide executiva temerária e põe-se um fim ao litígio entre as partes, cujas questões serão solucionadas de vez pela decisão judicial proferida no processo de conhecimento.

Disso se conclui que a qualidade de “*título executivo extrajudicial*” não obriga a propositura direta da ação executiva ao credor que queira a satisfação do seu crédito, senão que lhe faculta essa possibilidade. Nada impede que o credor, querendo ter segurança suficiente da certeza, liquidez e exigibilidade do seu título, querendo evitar execução temerária, querendo reduzir o espectro de defesa do seu devedor na futura execução, opte por resolver os pontos controvertidos da lide em prévia demanda de conhecimento³⁶⁸.

Não é só pela segurança jurídica do credor que este entendimento deve prevalecer e ser realçado, mas também para afastar um decreto de carência da ação em segundo grau de jurisdição, às vezes proferido anos após a instauração judicial do litígio e a sua devida solução por sentença judiciária de primeira instância, pondo abaixo toda a atividade jurisdicional já desenvolvida. Situações como essas privilegiam um aspecto meramente formal do processo em detrimento do direito material substantivo, criando

³⁶⁸ Este entendimento começa a se firmar na jurisprudência do STJ, destacando-se o seguinte o julgado: “PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA APARELHADA EM TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. POSSIBILIDADE. ART. 3.º DO CPC. 1. A obrigação lastreada em título extrajudicial pode ser exigida pela via ordinária, o que enseja até situação menos gravosa para o devedor, pois sua defesa pode ser exercida com maior amplitude. 2. Recurso provido.”. (REsp 650.441 – RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 16/09/2008) O voto do relator traz outros dois precedentes em seu abono, que merecem transcrição: “O detentor de título executivo extrajudicial tem interesse para cobrá-lo pela via ordinária, o que enseja até situação menos gravosa para o devedor, pois dispensada a penhora, além de sua defesa poder ser exercida com maior amplitude”. (REsp 532.377/RJ, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 21.8.2003, DJ 13.10.2003 p. 373); “Quem, tendo título executivo, propõe ação ordinária, abre mão da penhora, nada mais do que isso; tanto nos embargos do devedor quanto na ação ordinária a defesa do devedor pode ser articulada com a maior amplitude – e como assim é, a troca de um processo pelo outro, à míngua de prejuízo, não induz qualquer nulidade. (REsp 207.173/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 9.4.2002, DJ 5.8.2002 p. 325).

natural irresignação das pessoas com o sistema judiciário, porque deixam ao desabrigo o titular de um crédito e confortam, com a morosidade e a impunidade, o devedor do mesmo.

Esse item revela que a preservação de procedimentos já realizados deve ser feita sempre que nenhum direito fundamental de qualquer das partes tenha sido lesado e se possa extrair algo de útil para o acerto, acautelamento ou efetivação prática de direitos. É o aspecto de economia processual do princípio da eficiência, que procura evitar a perda de um trabalho judiciário já realizado pela pecha irrefletida de nulidade.

José Roberto dos Santos Bedaque costuma dar um exemplo que se enquadra perfeitamente na mesma idéia. Ele fala da ação monitória que, embargada pelo réu, faz o processo assumir o rito ordinário, não se diferenciando muito de uma ação de conhecimento, uma vez que os embargos teriam o mesmo papel da contestação³⁶⁹. E relata casos em que as partes travam toda uma discussão acerca do mérito da lide que as envolve, várias provas são produzidas acerca do direito controvertido, o processo leva anos com múltiplos esforços do Estado e das partes para resolver o litígio e, quando o feito está pronto para receber uma decisão sobre o mérito da controvérsia, com toda a discussão exaurida e toda a prova realizada, eis que surge uma sentença de carência da ação porque, ao ver do juiz, a ação monitória não seria a via adequada, ou porque o título já seria título executivo, ou porque não daria ensejo à ação monitória³⁷⁰.

Quer dizer, ao invés de aproveitar o material contido em mãos e julgar a lide, resolvendo definitivamente aquele problema concreto levado ao Poder Judiciário e que atormenta as partes, o juiz fulmina com uma nulidade indevida todo o trabalho já realizado, obrigando as partes, se desejarem resolver o mesmo problema, mover uma ação de

³⁶⁹ Se o réu não embargar a ação monitória, o título executivo constituir-se-á de pleno direito, conforme art. 1.102-C, caput, do CPC, não muito diferente do que ocorreria numa ação de conhecimento com pedido condenatório em que se narrasse a existência de uma dívida não paga pelo réu e este, citado, quedasse revel. Os embargos, por sua vez, não têm nenhuma exigência extra, assim como a contestação: independem de prévia segurança do juízo, são processados nos mesmos autos pelo procedimento ordinário. Quer dizer, ao invés de chamar a defesa de “contestação”, deu-se-lhe o nome de “embargos”. (Exemplo dado em palestra proferida pelo Prof. José Roberto dos Santos Bedaque na semana jurídica da Faculdade de Direito da Universidade de Taubaté; outubro de 2009).

³⁷⁰ Bedaque informa que há controvérsias jurisprudenciais se determinados documentos podem ou não servir para instruir uma ação monitória.

conhecimento para repetir os mesmos argumentos e provas já realizados no bojo da ação monitória. É perda de tempo, esforços e, conseqüentemente, dinheiro do contribuinte. Já que o processo foi levado até o seu termo e não fulminado desde o início, com a análise da petição inicial – momento mais propício para o juiz verificar a existência das condições da ação, nada obstaría que fosse proferida uma sentença julgando o mérito da lide. Essa seria a conduta que melhor atenderia ao princípio da eficiência.

2. A fraude à execução e a circulação imobiliária

Nos termos do artigo 593 do Código de Processo Civil, “Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens: I – quando sobre eles pender ação fundada em direito real; II – quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência; III – nos demais casos expressos em lei.”

A doutrina anota que a *ratio legis* da fraude à execução não é apenas de proteção ao interesse particular do credor/demandante, que se verá desprovido do bem que especificamente almeja (no caso da ação fundada em direito real), ou de um bem do patrimônio do devedor capaz de saldar a sua dívida (no caso do desfalque patrimonial, inciso II), mas tem como principal objetivo a consecução de um interesse público, consistente na efetividade da própria jurisdição³⁷¹.

Por isso que não se exige prova do intuito fraudulento das partes do negócio jurídico que se vai afastar. O único requisito da fraude à execução é que o ato ou negócio

³⁷¹ “Enquanto a fraude contra credores é instituto tratado pelo Código Civil, sendo o único prejudicado pelo ato fraudulento o credor, a fraude à execução – criação tipicamente nacional – é instituto tratado pelo Código de Processo Civil. Trata-se de espécie de ato fraudulento que, além de gerar prejuízo ao credor, atenta contra o próprio Poder Judiciário, dado que tenta levar um processo já instaurado à inutilidade. Assim, o ato fraudulento prejudica por um lado o credor, e por outro a própria função jurisdicional do Estado-Juiz, sendo tal ato considerado **atentatório à dignidade da justiça** e apenado, nas execuções por quantia certa, com uma multa que pode atingir até 20 % do valor do débito exequendo.” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Método, 2009; p. 774); “o Estado, que está preservando a eficácia da sua própria atuação, penaliza com automática e imediata ineficácia os atos que atentem contra o interesse público de dotar o processo de máxima utilidade.” (CARMONA, Carlos Alberto. *Código de Processo Civil interpretado*. Antônio Carlos Marcato coord. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008; p. 1950).

jurídico tenha sido praticado nas situações objetivamente retratadas na lei, sem necessidade de se averiguar o real objetivo das partes que celebraram este ato ou negócio jurídico³⁷².

Segundo a configuração legal e original do instituto, não há necessidade de que o comprador (ou adquirente a qualquer título) do bem tenha sequer conhecimento da existência da demanda pendente, valendo o mesmo para o vendedor (ou alienante a qualquer título). Não é a intenção das partes que afronta o poder jurisdicional do estado, mas a própria situação em si, referente à subtração de um bem cuja sorte se encontra sob o jugo de um processo estatal³⁷³.

O instituto da fraude à execução possui relação íntima com o princípio da eficiência em seus três aspectos: *celeridade, segurança jurídica e efetividade*. Quanto à *efetividade*, já vimos acima que a sua criação teve o objetivo de conferir utilidade ao processo judicial, impedindo seja frustrado por ato ou negócio jurídico posterior. Quanto aos demais valores, veremos em detalhes doravante.

2.1 Fraude à execução e celeridade.

O ato ou negócio praticado em fraude à execução, uma vez constatado pelo juízo da causa pendente, deve ser ter a sua eficácia afastada de plano, ainda que não haja requerimento da parte interessada (possibilidade de atuação “*ex officio*”).

O juiz simplesmente profere um despacho (que na realidade é uma decisão) reconhecendo que aquele ato ou negócio jurídico foi praticado em fraude à execução, de modo que seus efeitos jurídicos de translação da propriedade reputam-se inexistentes para esse processo. Não se trata de anular o negócio jurídico, mas apenas de tornar inoperantes os seus efeitos em relação ao processo pendente, como se não existissem.

³⁷² “Para a declaração da ineficácia, o exequente não precisa de grande esforço, bastando-lhe mostrar que o ato de alienação patrimonial, que tornou insolvente o devedor, foi praticado nas circunstâncias assinaladas no art. 593.” (CARMONA, Carlos Alberto. *Código de Processo Civil interpretado*. Antônio Carlos Marcato coord. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008; p. 1950).

³⁷³ Como veremos mais à frente, a jurisprudência flexibilizou o reconhecimento da fraude à execução para a proteção do terceiro de boa-fé, promovendo o princípio da segurança jurídica e confirmando a sua natureza criativa na configuração do sistema jurídico.

O que chama a atenção é a *técnica processual* de reconhecimento e aplicação da fraude à execução. O juiz reconhece e aplica a fraude à execução num processo pendente, atingindo diretamente os interesses de uma pessoa que não é parte do processo originário (no caso, o adquirente do bem).

Então, num processo de “A” (autor) contra “B” (réu), reconhecendo-se que “B” vendeu um bem para “C” na hipótese do art. 593, II, do CPC, o juiz do processo considera inexistente este negócio jurídico e permite que ocorra a constrição patrimonial sobre o bem vendido. Veja-se que “C” não é parte do processo e mesmo assim terá seu patrimônio particular invadido por determinação judicial.

“C” ficará sem possibilidade de se defender? Nada poderá fazer caso considere injusto o ato judicial?

“C” poderá sim se defender, mas caberá a ele tomar a iniciativa para isso. Geralmente, o remédio processual para essa situação será a ação incidental de embargos de terceiro, própria de quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse dos seus bens por ato de apreensão judicial, conforme art. 1046 do CPC.

A doutrina sempre tratou isso com tranquilidade. Não vemos quem verbere contra esse procedimento judiciário por supostamente violar o direito ao devido processo legal, ao contraditório ou à ampla defesa. A doutrina costuma explicar que esse é o procedimento, sem qualquer incursão quanto a sua eventual inconstitucionalidade³⁷⁴.

³⁷⁴ “A efetiva incidência da responsabilidade patrimonial sobre os bens que houverem sido objeto de fraude de execução é *automática e imediata*, não dependendo de prévia sentença que autorize a constrição executiva do bem; esse é um aspecto da severidade maior que alei dedica a essa modalidade fraudulenta, em relação ao tratamento dado à fraude contra credores (*ação pauliana*, *supra*, n. 1.576). Eventuais discussões acerca da eficácia ou ineficácia do ato realizado pelo devedor poderão ter lugar no processo executivo mesmo, mediante alegação incidentemente trazida a ele, ou nos embargos de terceiro que o beneficiário do ato poderá opor (arts. 1046 ss – *infra*, nn. 1.804 ss). (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 4. 3. ed. São Paulo: Editores Malheiros, 2009; pp. 449-450); “**Fraude de Execução**. É ato atentatório contra a dignidade da justiça, muito mais grave do que a fraude pauliana. Na fraude contra credores o prejudicado direto é o credor; na fraude de execução o prejudicado imediato é o Estado-juiz. A existência de fraude de execução enseja a declaração, pura e simples, da *ineficácia* do negócio jurídico fraudulento, em face da Execução (Araken, *Coment. CPC*, VI, n. 98, p. 225). Não há necessidade de ação

Voltemos a atenção à técnica processual, que mais propriamente nos interessa. A técnica utilizada *prestigia a celeridade* na aplicação do direito devido. Ao invés de submeter o ato devido (reconhecimento da fraude à execução e afastamento dos efeitos do negócio jurídico) às delongas de um processo judicial com a participação de “C”, o ato judicial é prontamente praticado pela simples verificação da hipótese objetiva que enseja a sua ocorrência (casos do art. 593 do CPC), transferindo-se o ônus de valer-se do processo como meio para garantia dos seus direitos a quem queira sustentar a legalidade do negócio aparentemente ilegal (“B” e “C”).

Diante de uma situação de *gritante* ilegalidade causada por um comportamento humano, formalizado em ato ou negócio jurídico, o sistema permite que seja prontamente proferida uma decisão que afaste os seus efeitos, sendo que as pessoas atingidas diretamente por essa decisão terão o ônus de socorrer-se do Poder Judiciário para argumentar e provar que essa decisão é indevida, reclamando a sua cassação. “C” poderá valer-se dos embargos de terceiro, enquanto “B”, que já é parte do processo pendente, poderá impugnar a decisão por recurso de agravo de instrumento.

Há uma clara inversão do contraditório e a aplicação de uma tutela de evidência. O fundamento constitucional para uso desta técnica repousa no princípio da eficiência, tanto nos aspectos de celeridade como de efetividade. A satisfação do direito de crédito fica adequadamente protegida com este procedimento, tutelando-se de forma célere o direito material. Fica aberto o acesso ao Poder Judiciário para contrastar eventual equívoco, incorreção ou arbitrariedade na aplicação do instituto, mas caberá aos envolvidos no ato fraudulento provocar a engrenagem judicial e fazer prova neste sentido. Curioso que, ao aplicar a mesma técnica na desconsideração da personalidade jurídica, haja uma

autônoma nem de qualquer outra providência mais formal para que se decrete a ineficácia do ato havido em fraude de execução. Basta ao credor noticiar na execução, por petição simples, que houve fraude de execução, comprovando-a, para que o juiz possa decretar a ineficácia do ato fraudulento. Nesse caso pode o juiz determinar que o bem recaia sobre a posse ou propriedade de terceiro, porque o bem vai responder pela obrigação executada. O bem continua na posse ou propriedade do terceiro, mas para a execução a oneração ou alienação é ineficaz. O bem, no patrimônio do terceiro, responde pela execução: o produto de sua alienação em hasta pública é revertido para satisfazer o crédito e o que sobejar retorna ao terceiro, proprietário do bem. Ao contrário do que ocorre com a fraude pauliana, a fraude de execução pode ser alegada e reconhecida nos embargos de terceiro.” (in NERY Jr., NELSON e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006; p. 849).

resistência doutrinária persistente para invocar a sua inconstitucionalidade, como veremos adiante.

2.2. Fraude à execução e segurança jurídica

A fraude à execução se relaciona com o princípio da eficiência pelo aspecto da segurança jurídica, uma vez que tem a aptidão de gerar a ineficácia de negócios jurídicos, influenciando com isso no mercado de circulação de bens.

Se, por um lado, propicia proteção ao credor contra os atos fraudulentos do devedor, por outro lado põe em risco o patrimônio das pessoas que, eivadas de boa-fé, tenham contratado com esse devedor e adquirido os seus bens. Quem adquire um bem fica sob a eterna e sombria perspectiva de se ver despojado dele por ato de apreensão judicial em processo do qual não é parte.

O art. 593 dispõe que há fraude à execução se a alienação ou oneração de bens ocorrer quando já pendia sobre os mesmos ação real, ou quando estava pendente contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência. O critério legal é objetivo. O problema que se põe, por sua vez, é de ordem prática: como as pessoas interessadas na aquisição de um bem podem saber sobre a existência de ações contra o devedor?

O interessado na aquisição de um bem pode se dirigir ao setor de distribuição de feitos dos fóruns judiciais e solicitar uma certidão pessoal sobre a existência de ações em desfavor do vendedor. Sucede, todavia, que as informações são limitadas à comarca em que se pede a certidão. Assim, uma certidão negativa da distribuição cível de ações contra uma pessoa na comarca de Taubaté/SP, cidade do interior paulista, não garante que a mesma pessoa não seja ré em Tremembé/SP ou em Pindamonhangaba/SP, cidades vizinhas que não são rigidamente demarcadas.

A situação é grave. Não há uma interligação de informações entre comarcas do mesmo estado, todas vinculadas ao Tribunal de Justiça de São Paulo. Muito pior é a

impossibilidade de o adquirente obter informação segura, rápida e a baixo custo de eventuais ações pendente contra o vendedor do bem em outros estados da federação.

O que deve fazer um comprador? Solicitar informações de todos os cartórios de distribuição de ações judiciais do Brasil inteiro? Num país de dimensões continentais como o nosso, com tamanha burocracia para obtenção de informações, a peregrinação a que se submeteria o comprador seria inacreditavelmente cara e cansativa, tendo que viajar o país inteiro e recolher todas as taxas para acesso à informação. Além disso, seria inútil, pois quando conseguisse a última certidão certamente já estaria desatualizada a primeira³⁷⁵.

Sensível a essa questão, sob o fundamento de que a boa-fé é um princípio que merece proteção do ordenamento jurídico brasileiro, a jurisprudência passou a flexibilizar o teor do art. 593 do CPC para excluir a aplicação da fraude à execução para os terceiros de boa-fé, que não tinham conhecimento da existência da ação pendente³⁷⁶. Essa linha de entendimento ganhou a adesão da doutrina³⁷⁷.

³⁷⁵ Esta preocupação foi externada pelo advogado Alexandre Clápis em entrevista publicada na revista jurídica eletrônica *Consultor Jurídico*, matéria publicada em 18.08.2008 no sítio www.conjur.com.br, verbis: “*ConJur -Como se prevenir, então, na hora de comprar um imóvel? Alexandre Clápis - Essa é a grande função do advogado. Ele tem de exaurir ao máximo as informações do vendedor, buscar certidões da Justiça do Trabalho em todas as localidades em que eventualmente o proprietário possa ter passado. Isso é uma loucura porque o sistema de informática do Judiciário não é integrado no Brasil. Posso ter um imóvel em São Paulo e ter feito dívidas em Manaus, por exemplo. Como vou pedir certidão em todos os estados? Não dá.*”

³⁷⁶ Neste sentido: “A alienação em fraude à execução não pode ser oposta a terceiro de boa-fé” (STJ, REsp 604118/MG, 2ª T., Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 08.03.2007); “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA NÃO-REGISTRADA. TERCEIRO DE BOA-FÉ. FRAUDE À EXECUÇÃO.NÃO-OCORRÊNCIA. 1. Não registrada a penhora, a ineficácia da venda, em relação à execução, depende da demonstração de que o adquirente tinha conhecimento da constrição. Precedentes.” (STJ, REsp 742097/RS, 4ª T., Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 28.04.2008); “RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. ADQUIRENTE DE BOA-FÉ. PENHORA. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA. 1 - Ao terceiro adquirente de boa-fé é facultado o uso dos embargos de terceiro para defesa da posse. Não havendo registro da constrição judicial, o ônus da prova de que o terceiro tinha conhecimento da demanda ou do gravame transfere-se para o credor. A boa-fé neste caso (ausência do registro) presume-se e merece ser prestigiada.” (STJ, REsp 493914/SP, 4ª T., Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 05.05.2008); “A jurisprudência desta Corte tem afastado o reconhecimento de fraude à execução nos casos em que a alienação do bem do executado a terceiro de boa-fé tenha-se dado anteriormente ao registro da penhora do imóvel. Precedentes: AgRg no REsp nº 854.778/SP, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJ de 30/10/06; AgRg no Ag nº 480.706/MG, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 26/10/06; REsp nº 811.898/CE, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ de 18/10/06 E REsp nº 670.958/PR, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 15/09/06.” (STJ, AgRg no REsp 944728, 1ª T., Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 18.10.2007).

³⁷⁷ “Em princípio só podem considerar-se ineficazes os atos de disposição ou oneração de bens em fraude de execução se o *adquirente* tiver conhecimento da existência do processo ou houver razões para que não

Na esteira de proteção à boa-fé de terceiros e proteção ao credor da execução, duas recentes alterações legislativas se destacam. A primeira refere-se à Lei 10.444/2002, que deu nova redação ao § 4.º do art. 659 do CPC para garantir que a averbação da penhora na matrícula do imóvel no cartório registro de imóveis gera presunção absoluta de conhecimento da execução por terceiros³⁷⁸. A segunda refere-se ao art. 615-A do CPC, criado pela Lei 11.382/2002, que dispõe que “o exequente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto.”

2.3 Fraude à execução e princípio da eficiência: síntese conclusiva e sugestão

A situação atual então é a seguinte: a) havendo o registro de penhora ou arresto no registro de imóveis, ou em outro banco de dados que registrem bens, haverá presunção absoluta de fraude contra credores, por força do § 4.º do art. 659 do CPC, que não precisa se limitar a bens imóveis, podendo ser aplicado a outros registros públicos, como o caso de veículos, que têm registro nos DETRANS estaduais; b) se não houver o registro da penhora ou arresto, segundo a atual jurisprudência do STJ, a presunção é a de que o terceiro contratante agiu de boa-fé, cabendo ao credor (exequente) o ônus da prova quanto ao conluio fraudulento entre o terceiro contratante e o devedor (executado), sob pena de não se reconhecer a fraude à execução. Nesta linha, o STJ editou a súmula de n.º 375, verbis: “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.”

pudesse ignorá-la. Como é ele quem irá suportar diretamente os inconvenientes dessa eficácia, não se admite que esta se imponha quando estiver absolutamente inocente, não sabendo e não tendo como razoavelmente saber da litispendência. Os tribunais mostram-se bastante compreensivos em face do adquirente de absoluta boa-fé, inclusive quando se trata de ineficácia de atos referentes a bens já penhorados – sendo *a fortiori* imperiosa a extensão dessa linha de pensamento aos casos de fraude pela simples pendência do processo, cuja gravidade é muito grande mas não tão enorme quanto a dos atos realizados naquela situação.” (). (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 4. 3. ed. São Paulo: Editores Malheiros, 2009; pp. 444-445);

Quanto ao art. 615-A, ainda não há jurisprudência avaliando seu impacto na aplicação da fraude à execução; contudo, aplicando-se o mesmo raciocínio valorativo que se extrai do tema, se houver a averbação da execução no registro em que consta o bem, haverá presunção absoluta de má-fé, ficando reconhecida a fraude à execução; caso contrário, a presunção é de boa-fé do terceiro, cabendo ao exeqüente o ônus da prova para ilidir essa presunção.

Não há dúvida de que a outorga de previsibilidade ao comportamento humano pelo processo é uma das metas do princípio da eficiência, garantindo a paz e a tranquilidade necessárias a fim de criar um ambiente propício ao desenvolvimento social e econômico. O processo deve criar mecanismos para diminuir o quadro de incertezas ou, quando não for possível, impedir que uma pessoa de boa-fé seja prejudicada por fato jurídico a que não deu causa. Por isso, faz muito bem o STJ em impedir a caracterização da fraude à execução quando não sabia, pela ausência do registro da penhora na matrícula imobiliária, da pendência de ação capaz de levar o vendedor à insolvência. Quando a existência dessa ação se dá em comarca diversa da que está o imóvel, não é humanamente razoável exigir do comprador que providencie certidões negativas no Brasil inteiro a fim de se precaver. Exigência deste quilate paralisaria o mercado imobiliário.

Parece necessário, contudo, fazer um singelo reparo à jurisprudência dominante no STJ. A proteção das partes e de terceiros no processo não deve cobrir situações em que a parte pode razoavelmente se desfazer da incerteza por vontade própria e sem custos exagerados. É bastante razoável que um comprador, como terceiro de boa-fé, exija do vendedor (ou tire por si próprio) certidões pessoais da existência de ações cíveis e criminais, tanto do lugar em que situado o imóvel como do lugar de residência conhecida do vendedor. Isso é o mínimo de cautela que uma pessoa diligente deve ter na compra do imóvel. Ressalte-se que, sempre que se protege um terceiro de boa-fé contra o reconhecimento de uma fraude à execução, prestigiando o aspecto de segurança jurídica do princípio da eficiência, automaticamente deixa-se um credor frustrado no recebimento do

³⁷⁸ A Lei 11.382/2006 fez nova alteração desse dispositivo apenas para corrigir erro de redação, de modo que se alterou a menção a “registro” da penhora pelo termo tecnicamente mais correto, que é “averbação” da penhora.

seu direito, retirando a efetividade própria daquele processo. Há um natural entrechoque de dois valores inerentes ao princípio da eficiência. Por isso, fazendo uma ponderação entre esses dois aspectos no caso da fraude de execução, deve-se proteger o terceiro não só de boa-fé, mas também minimamente diligente na aquisição de um bem de raiz³⁷⁹.

De qualquer sorte, fica a sugestão ao Conselho Nacional de Justiça - CNJ, como órgão do Poder Judiciário com poderes administrativos sobre todos os demais juízos e tribunais do país (salvo o STF, conforme jurisprudência do próprio CNJ), que procure reunir num único banco de dados todas as informações sobre distribuição de feitos no Brasil inteiro, permitindo a consulta de qualquer interessado pela Internet a partir do número de inscrição no CPF/MF ou no CNPJ/MF da pessoa que possa ser réu.

Sendo implantado esse mecanismo de consulta, ninguém mais poderá alegar boa-fé pela falta de conhecimento da ação real que pendia sobre o bem, ou de ação de execução que pudesse levar o devedor à insolvência.

³⁷⁹ Neste sentido a posição vencida no STJ: “FRAUDE. EXECUÇÃO. PENHORA. REGISTRO. A Turma, ao renovar o julgamento, reafirmou, por maioria, o entendimento de que, para dar-se fraude à execução (art. 593 do CPC) quando não registrada a penhora do imóvel, cabe ao credor o ônus de provar que o terceiro adquirente tinha ciência de que havia a constrição ou demanda contra o vendedor capaz de levá-lo à insolvência. Firmou-se, também, que, a despeito de a sentença produzir efeitos em relação a terceiros, a imutabilidade proporcionada pela coisa julgada limita-se às partes, pois é facultada ao terceiro a discussão posterior acerca da sentença que eventualmente seja prejudicial a seus interesses. Os votos vencidos, capitaneados pela Min. Nancy Andrighi, entendiam, conforme precedente da Turma, que, nessa situação, cabe sim ao terceiro adquirente a prova mencionada, pois é a pessoa que a presunção desfavorece quem suporta o ônus de provar o contrário, anotado ser relativa essa presunção. Na linha desses votos vencidos, o adquirente deve acautelar-se, efetuando, no mínimo, pesquisa nos distribuidores das comarcas de localização do imóvel e da residência do alienante, não apenas em razão da exigência prevista no art. 1º da Lei n. 7.433/1985, mas, também, de que só se considera de boa-fé o comprador que adotou mínimas cautelas para a segurança jurídica de sua aquisição. Precedentes citados: AgRg no EREsp 719.949-RS, DJ 8/11/2007; AgRg no REsp 944.728-DF, DJ 18/10/2007, e REsp 111.899-RJ, DJ 8/11/1999. REsp 804.044-GO, Rel. originária Min. Nancy Andrighi, Rel. para acórdão Min. Massami Uyeda, julgado em 19/5/2009.” (www.stj.gov.br, informativo de jurisprudência n.º 0395 – 18 a 22 de maio de 2009). Cândido Rangel Dinamarco trata dessa diligência que o terceiro deve observar: “Da parte do adquirente é portanto necessário (a) que tenha efetivo conhecimento da propositura da demanda, quer o demandado já haja sido citado, quer não, ou (b) que esse conhecimento seja presumido de algum ato de publicidade como a averbação da demanda ou da penhora nas repartições registrárias competentes (CPC, art. 659-A – *infra*, n. 1.678-A), farta divulgação pela imprensa *etc.*, ou (c) que ele tenha deixado de comportar-se com a *diligência ordinária* do homem comum, não realizando as costumeiras pesquisas em cartórios de protestos, distribuidores judiciais *etc.* Essas situações comportam exame caso a caso, não sendo lícito presumir o conhecimento sem a ocorrência de algum desses fatos reveladores, segundo a experiência dos juízes (CPC, art. 335).” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 4. 3. ed. São Paulo: Editores Malheiros, 2009; p. 445).

3. A desconsideração da personalidade jurídica e o princípio da eficiência

A desconsideração da personalidade jurídica é uma medida de natureza processual em que o juiz ignora a existência da pessoa jurídica e da autonomia patrimonial que ela tem frente aos seus sócios para, diante de uma dívida dela, determinar a constrição de bens particulares dos sócios. Ela colabora no combate à fraude, ao abuso do direito ou à displicência lesiva como obstáculos à implementação do direito material. Às vezes, mesmo sem qualquer abuso da personalidade jurídica, a desconsideração acaba sendo medida admitida para promover o efetivo ressarcimento do prejudicado, ainda que sem culpa ou dolo do sócio. Nesse sentido, trata-se de instituto diretamente ligado à busca da efetividade no processo, pertinente ao princípio da eficiência e, por isso, o tema merece considerações neste trabalho.

3.1 Teoria menor e maior da desconsideração da personalidade jurídica

A jurisprudência considera a existência de duas teorias que consagram a desconsideração da personalidade jurídica³⁸⁰. A primeira é a teoria menor da desconsideração, prevista nos artigos 28 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990)³⁸¹ e no artigo 4.º da Lei 9.605/1998³⁸², que trata de meios de repressão a condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Nessas hipóteses, não se cogitaria de abuso da personalidade jurídica dos sócios, mas de simples inadimplemento da pessoa jurídica seguido da impossibilidade de satisfação da dívida em execução. Havendo lesão a consumidor ou ao meio ambiente, se a pessoa jurídica não pagar espontaneamente, nem houver satisfação da dívida no curso de uma execução, a penhora deverá recair sobre bens

³⁸⁰ Confirma-se do STJ o teor do REsp 279273/SP, Rel. p/ acórdão a Min. Nancy Andrighi, DJ 29/03/2004.

³⁸¹ CDC, Lei 8.078/1990, Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. § 1º (Vetado). § 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. § 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. § 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa. § 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

³⁸² Lei 9.605/1998, “Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.”

dos sócios³⁸³. A segunda é teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, prevista no art. 50 do Código Civil, que exige a prova de abuso da personalidade jurídica, caracterizado por desvio de finalidade ou confusão patrimonial³⁸⁴.

Nos casos de proteção ao consumidor (ainda que envolva direitos coletivos) ou ao meio ambiente, a medida independe de fraude e serve como implementação efetiva do direito à indenização. Bastaria o inadimplemento da dívida para suscitar sua incidência. Quanto a outras obrigações em geral, será necessário provar o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial³⁸⁵.

³⁸³ “Para os adeptos da formulação menor da desconsideração da personalidade jurídica, também reconhecida como aplicação *objetiva* do desvendamento, existe completo desprezo à forma jurídica, sendo suficiente, tão-somente a demonstração da insolvência da empresa e a não satisfação do crédito. (...) Com este enfoque objetivo da desconsideração, torna-se dispensável a comprovação processual dos elementos subjetivos da fraude ou do abuso do direito, sendo suficiente a produção da prova do prejuízo causado através da personalidade jurídica para a declaração episódica do levantamento do véu societário, porquanto, neste contexto objetivo da desconsideração, importa o fato concreto da frustração material do credor da sociedade empresária diante da insolvabilidade da pessoa jurídica. (...) Para a teoria menor da desconsideração, é suficiente o estado de insolvência da pessoa jurídica no concernente ao pagamento dos seus compromissos comerciais, devendo ser suportada pela empresa o risco da sua atividade econômica e não pelo terceiro com quem contratou, ou pelos sócios ou administradores do ente jurídico, indiferente à inexistência de conduta culposa ou dolosa dos sócios ou administradores. Assim determinaram o artigo 28, § 5.º, do Código de Defesa do Consumidor e o artigo 4.º da Lei do Meio Ambiente, quando desconsideram a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente. A teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica não foi acolhida pelo artigo 50 do Código Civil, pois esta teoria objetiva responsabilizar os sócios em relação ao dano causado, seja no meio ambiente, seja em referência ao consumidor considerado hipossuficiente. Presente o dano, o ressarcimento será direcionado contra os sócios, em caráter subsidiário, acaso a pessoa jurídica não disponha de bens suficientes, incidindo a desconsideração da personalidade jurídica pela mera prova da insolvência do ente moral, porque esta ausência de lastro material se constitui em um evidente obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados ao meio ambiente ou ao consumidor.” (MADALENO, Rolf. *A desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa física no Direito de Família e no Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009; pp. 78-79.)

³⁸⁴ CC, “Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.” Segundo Rolf Madaleno: “Na formulação maior ou subjetiva da desconsideração da personalidade jurídica, o prejuízo do credor não é suficiente, a fraude ou a manipulação abusiva não se presumem e precisam ser demonstrados”. (idem, p. 75).

³⁸⁵ “A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração). A teoria menor da desconsideração, *acolhida em nosso ordenamento jurídico, excepcionalmente no direito do consumidor e no direito ambiental*, incide com a mera prova da insolvência da pessoa jurídica para o pagamento das suas obrigações, independentemente da existênci de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.” (NOLASCO, Rita Dias. *Responsabilidade Patrimonial*. In Execução no processo civil, novidades e tendências. Sérgio Shimura e Daniel Amorim Assumpção Neves (coord.). São Paulo: Editora Método, 2005; p. 228)

Essa explicação é premissa necessária para o que se vai desenvolver. Não estamos defendendo (nem atacando) a atual configuração doutrinária e jurisprudencial da desconsideração da personalidade jurídica, nem pretendemos detalhar os casos em que ela se aplica em cotejo com o direito material. É tema por demais complexo, que merece estudo específico e foge dos limites deste trabalho. Vamos apenas pontuar algumas reflexões diretamente ligadas ao princípio da eficiência no processo.

3.2 A cautela na aplicação da medida

As regras que dão autonomia patrimonial à pessoa jurídica servem para garantir a segurança das pessoas que se dispõem a investir os seus recursos no exercício de uma atividade empresarial. A idéia é que o risco fique limitado ao montante do capital investido. Então, há risco sim para o investidor de perder com a compra de ações ou quotas de sociedades, mas um risco limitado; no caso de sociedades por ações, limitado ao valor das ações subscritas³⁸⁶; no caso de sociedades limitadas, limitado ao valor das quotas subscritas, mas sendo todos os sócios solidariamente responsáveis pela total integralização do capital social³⁸⁷. Essa é a configuração legal do risco do investidor na teoria clássica do direito comercial, atualmente incorporada na parte de direito de empresa do Código Civil.

É preciso ter cautela com a aplicação desconsideração da personalidade jurídica, principalmente no âmbito da teoria menor, envolvendo as relações de consumo e o meio ambiente. A partir do momento em que a jurisprudência sinaliza que o risco do sócio ultrapassa esses limites, podendo vir a perder todo o seu patrimônio em razão de dívidas da sociedade empresária, isso pode implicar considerável desestímulo social ao investimento empresarial, debilitando o fomento de capitais na ordem econômica e, por via de consequência, prejudicando os elevados interesses coletivos que ela deve prestigiar, como a busca do pleno emprego, o desenvolvimento tecnológico do país, a ampliação da

³⁸⁶ Código Civil, “Art. 1.088. Na sociedade anônima ou companhia, o capital divide-se em ações, obrigando-se cada sócio ou acionista somente pelo preço de emissão das ações que subscrever ou adquirir.”

³⁸⁷ Código Civil, “Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.”

oferta de produtos e serviços e seu incremento tecnológico, a produção de riquezas³⁸⁸. Entra aqui o papel da jurisprudência como forma de garantir a segurança dos negócios jurídicos e dos investimentos em sociedade³⁸⁹.

Nesse sentido, uma aplicação imponderada dessa medida no âmbito do processo civil será negativa à própria sociedade, indo na contramão do princípio da eficiência, que não se compadece com uso do processo que contraria a sua função social. *Eficiência* no processo não significa obter recursos de qualquer um a qualquer custo, como se o Poder Judiciário pudesse incorporar um *justicialismo* comunista, mas sim de pensar técnicas que decidam rapidamente sobre a existência e alcance de obrigações, bem como propiciem rapidamente o cumprimento das mesmas, mas contra os efetivos devedores e na medida da dívida. Processo não é instrumento para o juiz fazer justiça segundo suas convicções pessoais de mundo ideal, atropelando o direito de propriedade previsto e consagrado na Constituição.

Imagine-se que uma pessoa compra na bolsa de valores poucas ações de uma grande sociedade empresária³⁹⁰, sem qualquer gerência ou influência nos seus destinos, ou mesmo em qualquer ato interno dessa pessoa jurídica. Várias pessoas investem suas economias no mercado de valores mobiliários; milhares de trabalhadores investiram parte do seu saldo do FGTS em ações de companhias gigantes do mercado. Essas pessoas, contudo, não têm qualquer ingerência nessas empresas, de modo que não passariam pela portaria de acesso ao público geral sem estarem devidamente autorizadas. Não se pode aceitar que, só pelo fato de figurarem como acionistas, com participação insignificante, inexpressiva, devam responder com todo o seu patrimônio por dívidas da sociedade. Não se pode desprestigiar o investimento popular no mercado acionário, tanto de pessoas físicas como jurídicas³⁹¹

³⁸⁸ Nos termos do art. 170 da Constituição, “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.”

³⁸⁹ Todavia, o investimento sempre pressupõe riscos e, se a lei impõe a alguém o dever de indenizar pelos eventos danos porventura ocorridos, cabe ao processo conferir celeridade e efetividade na satisfação desse direito creditício.

³⁹⁰ Como é o caso da Petrobrás ou da Vale, hoje, no Brasil.

³⁹¹ “No Capítulo I assinalamos que a decisão obtida mediante dedução deve ser controlada pela análise das consequências. Um dos aspectos que compreende este enfoque é considerar a decisão adotada como um

Deste modo, a desconsideração da personalidade jurídica exige que se estabeleça um vínculo superior ao simples fato de ser sócio ou acionista, com a assunção efetiva ou potencial do risco sobre a atividade empresarial. O sócio ou acionista que não tinha nenhuma ingerência efetiva na condução dos negócios sociais e que não poderia ter qualquer ingerência, mesmo que quisesse, não pode sofrer os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica. Por sua vez, se houve algum tipo de fraude ou abuso no direito de constituir a pessoa jurídica e esse sócio/acionista estiver pessoalmente envolvido, ou se poderia e deveria agir para coibir a fraude, aí sim se poderá cogitar da desconsideração da personalidade jurídica contra si, sem prejuízo da sua eventual responsabilidade pessoal, direta e solidária pelo evento danoso³⁹².

Enfim, há que se ter algum poder de controle efetivo ou uma possibilidade concreta de influencia-lo de modo relevante, ainda que, de fato, este poder não seja exercido. Deve-se exigir que o sócio ou acionista tenha assumido uma participação relevante, economicamente ou por sua atividade. Dessa sorte, mesmo sem ingerência na sociedade, se o sócio colaborou para o abuso da personalidade jurídica por omissão, também deverá sofrer os efeitos da desconsideração e responder com seu patrimônio pessoal.

Assim, a princípio, a desconsideração da personalidade jurídica deve recair sobre sócio gerente, administrador, majoritário ou controlador, de direito ou de fato. Nos casos da aplicação da teoria menor isso se mostra mais evidente, uma vez que, ainda que

incentivo para condutas futuras das partes não envolvidas no pleito. É dizer que deve ser estudado claramente o tipo de regra de conduta criado pela decisão, e como será observado pelos cidadãos no futuro. (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial*. Bruno Miragem (trad.) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009; p. 186)

³⁹² “A teoria da desconsideração, como visto, tem pertinência apenas quando a responsabilidade não pode ser, em princípio, diretamente imputada ao sócio, controlador ou representante legal da pessoa jurídica. Se a imputação pode ser direta, se a existência da pessoa jurídica não é obstáculo à responsabilização de quem quer que seja, não há por que cogitar da superação da sua autonomia. E quando alguém, na qualidade de sócio, controlador ou representante legal da pessoa jurídica, provoca danos a terceiros, inclusive consumidores, em virtude de comportamento ilícito, responde pela indenização correspondente. Nesse caso, no entanto, estará respondendo por obrigação pessoal, decorrente do ilícito em que incorreu. Não há nenhuma dificuldade em estabelecer essa responsabilização, e a existência da pessoa jurídica não a obsta, de maneira alguma. A circunstância de o ilícito ter sido efetivado no exercício da representação legal da pessoa jurídica, ou em função da qualidade de sócio ou controlador, em nada altera a responsabilidade daquele que,

não haja dolo ou culpa do sócio no ato lesivo ao consumidor ou ao meio ambiente, seu patrimônio pessoal estará comprometido. O mínimo que se pode exigir é uma assunção *qualificada* do risco pelo exercício danoso da atividade empresarial, ou seja, sua participação societária/acionária não pode ser insignificante e o sócio/acionista deve ter um controle potencial ou efetivo sobre a gestão dos negócios empresariais³⁹³.

Este raciocínio deve ser aplicado tanto para pessoas físicas como jurídicas, sejam sócias em sociedades limitadas ou acionistas em sociedades anônimas. Se a participação for insignificante ou inexpressiva, não há espaço legítimo para a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito da teoria menor e, quando houver fraude ou abuso, indicativos da aplicação da teoria maior pelo art. 50 do Código Civil, então deverá haver participação na fraude ou abuso, evidenciados por um efetivo ou potencial poder de controle sobre a gestão administrativa da sociedade empresária.

ilicitamente, causa danos a terceiros.” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, vol. 2. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005; pp. 50-51)

³⁹³ Há autores que chegam a negar a aplicação da teoria menor da desconsideração no direito brasileiro, asseverando que só teria cabimento em caso de comprovada fraude ou abuso do direito de personalidade. Nesse sentido: “No tocante ao § 5.º do art. 28 do CDC, note-se que uma primeira e rápida leitura pode sugerir que a simples existência de prejuízo patrimonial suportado pelo consumidor seria suficiente para autorizar a desconsideração da pessoa jurídica. Essa interpretação meramente literal, no entanto, não pode prevalecer por três razões. Em primeiro lugar, porque contraria os fundamentos teóricos da desconsideração. Como mencionado, a *disregard doctrine* representa um aperfeiçoamento do instituto da pessoa jurídica, e não sua negação. Assim, ela só pode ter a sua autonomia patrimonial desprezada para a coibição de fraudes ou abuso de direito. A simples insatisfação do credor não autoriza, por si só, a desconsideração, conforme assenta a doutrina na formulação maior da teoria. Em segundo lugar, porque tal exegese literal tornaria letra morta o *caput* do mesmo art. 28 do CDC, que circunscreve algumas hipóteses do superamento da personalidade jurídica. Em terceiro lugar, porque essa interpretação equivaleria à eliminação do instituto da pessoa jurídica no campo do direito do consumidor, e, se tivesse sido esta a intenção da lei norma para operacionalizá-la poderia ser direta, sem apelo à teoria da desconsideração.” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, vol. 2. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005; pp. 51-52). Confirma-se também a posição de Ada Pellegrini Grinover na nota abaixo. Discordamos: nada obsta que a lei adote a teoria menor da desconsideração para a proteção de alguns interesses que considere especialmente relevantes, como é o caso dos direitos do consumidor, estando no rol dos direitos e deveres fundamentais da Constituição o dever do Estado de sua proteção (art. 5.º, XXXII), sendo a “defesa do consumidor” um dos princípios gerais da ordem econômica gravados na Constituição (art. 170, V), juntamente com a defesa do meio ambiente (inciso VI), outra hipótese na qual se considera adotada a teoria menor. Além disso, é verdade que a lei poderia ter adotado uma norma com expressão mais direta, mas o defeito de redação é evidente, tanto é que o mesmo autor afirma, em outra passagem, que “tais são os desacertos do dispositivo em questão que pouca correspondência se pode identificar entre ele e a elaboração doutrinária da teoria.” (idem, p. 49). Não há antinomia entre o § 5.º e o *caput* do art. 28 porque este se refere à falência e ao estado de insolvência da pessoa jurídica como aptos, por si sós, a ensejar a desconsideração da sua personalidade. E não há a eliminação da pessoa jurídica: ela será a devedora principal, sendo que a responsabilidade patrimonial do sócio/acionista só surgirá diante do inadimplemento do prejuízo do consumidor somado a uma assunção qualificada do risco pelo sócio/acionista, graças a uma participação econômica ou administrativa relevante na condução e estruturação dos negócios empresariais, de modo a assumir o risco do negócio.

3.3 O procedimento da desconsideração e o princípio da eficiência: decretação incidental no curso de fase ou processo executivo

A desconsideração da personalidade jurídica costuma ser decretada incidentalmente no curso de uma execução contra a pessoa jurídica, procedendo-se à penhora de bens dos sócios. Há quem propugne pela inviabilidade desse ato, que estaria ferindo os direitos de contraditório e de ampla defesa ao atingir o patrimônio de quem não é parte no processo, ou seja, os sócios/acionistas³⁹⁴. No cumprimento de sentença, alega-se que os sócios não participaram do contraditório durante o processo de conhecimento e, por isso, a decisão condenatória não os alcançaria, nos termos do art. 472 do CPC³⁹⁵; na execução extrajudicial, eles não poderiam sofrer a execução porque não figuram como devedores no título que a ampara³⁹⁶.

³⁹⁴ “Portanto, de todo o exposto, conclui-se também que a desconsideração da personalidade jurídica, providência cuja acerto e eficácia devem atentar para a sua excepcionalidade e para a presença de seus pressupostos (fraude e abuso, a desvirtuar a finalidade social da pessoa jurídica), não pode, não ao menos como regra, ser feita por simples despacho no processo de execução. A cognição para detectar a presença dos citados pressupostos é indispensável e, nessa medida, ao menos como regra, impõe-se a instauração do regular contraditório em processo de conhecimento. Esse processo de conhecimento que se exige, fique claro, é o processo de conhecimento condenatório, no qual se pretende a formação do título executivo para que, depois, se promova a invasão patrimonial. A via própria assim exigida, portanto, não é necessariamente um processo que tenha por objeto a desconsideração da personalidade jurídica. Trata-se de ‘ação própria’ no sentido de que aquele cujo patrimônio poderá ser atingido, via desconsideração, deve figurar no processo de conhecimento condenatório para que, também em relação a ele, se forme o título executivo. Em outras palavras e como já dito, não é possível penhorar bens de uma pessoa – como resultado da desconsideração da personalidade jurídica de outrem – sem que, em regular processo de conhecimento condenatório, de cognição plena e profunda, cercada por todas as garantias do contraditório, sejam examinados os pressupostos autorizadores da desconsideração e se imponha a sanção àqueles cujo patrimônio deverá ser impactado na sucessiva execução.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da desconsideração da pessoa jurídica*. In O Processo, estudos e pareceres. São Paulo: Editora DPJ, 2006; p.131/128).

³⁹⁵ CPC, “Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.”

³⁹⁶ “Muito se discute a respeito do problema do cerceamento de defesa e da ofensa ao princípio do contraditório, nas hipóteses em que se busca dar efetividade à desconsideração da personalidade jurídica. O cerne da questão é o seguinte: é possível desconsiderar a existência da pessoa jurídica sem prévia atividade cognitiva do magistrado, de que participem os sócios ou outra sociedade empresária, em contraditório? A resposta é negativa: não se pode admitir aplicação de sanção sem contraditório. A despeito da discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o tema – alguns se mostram mais flexíveis quanto à exigência de citação dos sócios na etapa de certificação – adota-se a posição de FÁBIO ULHOA COELHO, para quem, inexoravelmente, deve o membro da sociedade ser citado, já na fase de conhecimento, haja vista ser o entendimento mais afinado à segurança no processo. A garantia do contraditório é um direito fundamental e, nessa condição, qualquer questão que envolva a possibilidade de sua mitigação ou eliminação deve ser vista com muita reserva.” (DIDIER JR., Fredie. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. In Reflexos do novo Código Civil no Direito Processual. Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei

Não concordamos com essa objeção. O que se faz em termos de desconsideração da personalidade jurídica é similar à técnica utilizada para o combate à fraude em execução. O combate a posturas fraudulentas em geral, ou que caracterizam abuso de direito, exige respostas rápidas e efetivas do poder jurisdicional do Estado, sob pena de grave comprometimento do sistema concebido para a tutela de direitos. A instauração prévia de um processo apenas para verificar os pressupostos legais para a desconsideração da personalidade jurídica daria tempo suficiente para nova dissipação de bens, outros negócios simulados ou fraudulentos, inclusive com a criação de outras pessoas jurídicas para fins espúrios ou mesmo o envolvimento de terceiros de boa-fé, trazendo insegurança aos negócios jurídicos, bem como estimulando novos comportamentos lesivos pela incapacidade do Estado de prevenir ou reprimir a ilicitude. A crise de eficiência traz a consagração da impunidade e esta, por sua vez, num círculo vicioso, alimenta a ineficiência do sistema. A obtenção de vantagens indevidas em detrimento do legítimo direito das pessoas não pode prevalecer, sob pena de solapamento do Estado Democrático de Direito.

A par dessas considerações, não há lesão ao contraditório e à ampla defesa, uma vez que remanesce aberta aos atingidos com tais decisões a possibilidade de serem impugnadas pela via dos embargos de terceiro. O que ocorre, portanto, é uma técnica de diferimento do contraditório e ampla defesa para momento posterior, exigindo a iniciativa do que se diz prejudicado³⁹⁷.

(coord.). 2.ed. Salvador (BA): Edições Podivm, 2007; p. 167/168. O autor menciona que a posição de Fábio Ulhoa Coelho está na obra *Curso de Direito Comercial*, São Paulo (SP): Editora Saraiva, 1999, v. 2, p. 54-56. Aduz ainda que esta é a posição de Osmar Vieira da Silva em *Desconsideração da personalidade – aspectos processuais*, Rio de Janeiro (RJ): Editora Renovar, 2002, p. 167 e segs.). Confira-se a análise panorâmica de Carlos Alberto Carmona: “fórmula simplista – decretação da desconsideração da personalidade jurídica por simples decisão interlocutória – já foi alvo de não poucas manifestações de despreço: de fato, não tendo os sócios possibilidade de defender-se previamente contra o provimento que determina seja o seu patrimônio pessoal atingido, o ato causará surpresa e será fonte de inúmeros problemas (basta pensar na questão da fraude de execução, já tratada antes). A alternativa seria remeter o credor, o devedor e os sócios deste último às vias ordinárias, o que inviabilizaria a penhora por meses (anos, talvez, nos grandes centros, onde o movimento forense é imenso e a demora também!). Prevalece, por ora, a impressão de que é melhor sacrificar o devedor (e seus sócios) a submeter o credor – já prejudicado pelo desaparecimento do patrimônio da pessoa jurídica – aos deletérios efeitos da longa duração do processo.” (CARMONA, Carlos Alberto. *Código de Processo Civil interpretado*. Antônio Carlos Marcato coord. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008; pp. 1819-1820).

³⁹⁷ Técnica mencionada no capítulo I.

Haveria lesão ao contraditório e à ampla defesa se a decisão judicial fosse insuscetível de qualquer impugnação; imutável. Não é o caso, uma vez que o próprio sistema permite o uso do direito de ação para atacar a decisão, dando uma oportunidade ao que se diz lesado de modificá-la ou cassá-la. Pouco importa que a via de impugnação dada pela sistema seja uma ação autônoma, ou que se criasse uma defesa com nome específico no bojo do cumprimento de sentença ou da execução por título extrajudicial; o que importa é a abertura de uma via para a impugnação. Com isso, tal qual acontece com as decisões liminares *inaudita altera pars*, o contraditório fica deferido, facultada a possibilidade de revisão da decisão a partir de novos elementos de prova e de direito trazidos pelo interessado³⁹⁸.

Gilberto Bruschi manifesta o mesmo entendimento, fazendo expressamente menção ao combate da morosidade como justificativa para que a medida seja decretada incidentalmente no curso de uma execução. Exigir uma ação autônoma só para isso, nas suas palavras, “contraria o princípio da efetividade do processo.” Vale dizer: imprimir celeridade ao procedimento e à satisfação de um direito (efetividade, no sentido que aqui empregamos) vai sendo reconhecido como um dever ao operador do processo³⁹⁹. Além disso, ele também entende que o sócio/acionista é terceiro e não parte no processo executivo, respondendo com seu patrimônio próprio por dívida alheia, desde que presentes os pressupostos legais. Aduz ainda que o direito brasileiro somente torna necessária uma

³⁹⁸ A jurisprudência sufragou a possibilidade da desconconsideração por mera decisão incidental no curso da execução, verbis: “E a possibilidade de desconconsideração diretamente em execução, por sua vez, é questão pacífica na jurisprudência do STJ: “PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL EM AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO - RETENÇÃO LEGAL - AFASTAMENTO - DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO E FALTA DE PREQUESTIONAMENTO - SÚMULAS 284 E 356 DO STF – PROCESSO EXECUTIVO - PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA-EXECUTADA - POSSIBILIDADE - DISPENSÁVEL O AJUIZAMENTO DE AÇÃO AUTÔNOMA.(...) 4 - Esta Corte Superior tem decidido pela possibilidade da aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica nos próprios autos da ação de execução, sendo desnecessária a propositura de ação autônoma (RMS nº 16.274/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJ de 2.8.2004; AgRg no REsp nº 798.095/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJ de 1.8.2006; REsp nº 767.021/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, DJ de 12.9.2005). 5 - Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido para determinar a análise do pedido de desconconsideração da personalidade jurídica da empresa-executada no curso do processo executivo” (Resp nº 331.478/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJ de 20.11.2006).

³⁹⁹ Nas suas palavras: ““Para que se proceda à desconconsideração da personalidade jurídica de forma a não trazer ao processo excessiva morosidade, contra a qual, aliás, a doutrina e a jurisprudência têm se rebelado constantemente, entendemos que deva ser ela pleiteada no bojo da própria execução, seja ela de título extrajudicial ou por cumprimento da sentença, sem a necessidade de ajuizar uma nova ação de conhecimento”

sentença para atos anuláveis, como na fraude contra credores, mas nunca quando se trata de atos meramente ineficazes⁴⁰⁰.

Nesse último ponto, ainda que nenhum ato jurídico específico seja declarado ineficaz, mas sim a própria personalidade da pessoa jurídica, é certo que cabe uma comparação entre a fraude à execução e a desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que ambos estão ligados a um regime processual de ineficácia: de ato específico de alienação para a fraude à execução, ou genericamente da personalidade da pessoa jurídica para a disregard legal doctrine. É incompreensível que haja resistência doutrinária para a desconsideração da personalidade jurídica ser aceita em caráter incidental, no bojo da execução, enquanto o mesmo não ocorre com a fraude à execução, que atinge terceiro com o mesmo procedimento.

Partidários de entendimento contrário argumentam que o deslocamento do direito de defesa para uma ação autônoma gera inversão indevida do ônus probatório, lesando o próprio direito de defesa, uma vez que caberia ao autor provar a inexistência dos pressupostos da desconsideração⁴⁰¹. Este raciocínio peca por não levar em conta que a desconsideração só vai ser decretada quando o panorama fático/jurídico, em termos probatórios, autorizar a medida. Vale dizer: já há um substrato de justa causa que autorizou

(BRUSCHI, Gilberto Gomes. Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009; p. 96).

⁴⁰⁰ Este autor aponta três motivos para que esta posição seja acolhida: “A idéia de se condicionar a possibilidade de utilização da teoria em questão ao prévio pronunciamento judicial previsto no art. 269 do CPC não é correta. Para rebatê-la, três argumentos podem ser alinhados. O primeiro é de ordem metodológica e contraria o princípio da efetividade do próprio processo. De nada adiantaria ao exequente aguardar por longos anos, até que houvesse o trânsito em julgado da sentença do processo de conhecimento, para somente após poder efetivar a penhora de bens do “presentante” da executada. O sucesso e a efetividade da medida seriam obstados pela morosidade da declaração a ser obtida na forma do art. 269 do CPC, e, quando posta em prática, poderá ser totalmente inócua. O segundo é do ponto de vista da posição processual do terceiro cujos bens serão constritos, levando-se em conta que ele ingressará na execução como terceiro interessado, que teve seus bens penhorados indevidamente e não como parte, como litisconsorte, como executado. Seus bens apenas servirão para quitar a obrigação, sem que ele seja incluído no pólo passivo. Além do que existe previsão nos arts. 592, II, e 596, ambos do CPC, sobre a penhora de bens de terceiros em meio ao processo executivo. (...) O terceiro e último argumento é de que o sistema jurídico somente torna necessário o prévio pronunciamento judicial, mediante sentença, nos casos de atos anuláveis, como ocorre, por exemplo, na fraude contra credores prevista no Código Civil, nos arts. 158 usque 165, mas nunca quando se tratar de atos meramente ineficazes.” (idem, pp. 97-99).

⁴⁰¹ Este argumento é usado por Ada Pellegrini Grinover quando transcreve diretamente e endossa estudo de Cândido Rangel Dinamarco sobre o tema. (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da desconsideração da pessoa jurídica*. In O Processo, estudos e pareceres. São Paulo: Editora DPJ, 2006; p.127/128). Ressalte-se, contudo,

a desconsideração; já há elementos bastantes para que, num juízo preliminar, a desconsideração fosse decretada. Ainda que a defesa do afetado ocorresse em processo de conhecimento, a desconsideração seria decretada com esses mesmos elementos. Caberá ao afetado com a medida de desconsideração fazer prova para desconstituir esses elementos, infirmá-los, desmenti-los, fragilizando as proposições que deles são extraídas. Lembremos que o mais importante instrumento da defesa no processo penal é o *habeas corpus*, que exige prova pré-constituída das alegações de fato em que se alicerça, cujo *onus probandi* é do impetrante.

Nada impede, por sua vez, que logo no processo de conhecimento os sócios/acionistas sejam postos diretamente no polo passivo da ação, pleiteando o autor a condenação da pessoa jurídica e a desconsideração da personalidade jurídica, para atingi-los. Nesse caso, sendo o título judicial condenatório em face dos sócios/acionistas, eles não poderão valer-se de impugnação ou dos embargos de terceiro para atacar a decisão sobre a possibilidade de desconsideração da pessoa jurídica, uma vez que a condenação estará coberta pela coisa julgada ou sua eficácia preclusiva, não se devendo admitir uma rediscussão daquilo que foi (ou poderia ter sido) objeto de decisão na ação de conhecimento⁴⁰².

Decretada a desconsideração, a pessoa jurídica não poderá recorrer dessa decisão por falta de legitimidade recursal, uma vez que ela atinge o patrimônio de outrem. O terceiro que sofreu constrição patrimonial poderá valer-se de embargos de terceiro, bem como todos os recursos possíveis caso sejam julgados improcedentes.

⁴⁰² Sérgio Shimura explica que o sócio e todos os demais casos de responsabilidade patrimonial tornam o responsável *terceiro* perante a execução e não *parte*. Haveria ilegitimidade passiva *ad causam* caso fosse diretamente demandado, uma vez que o responsável não é o devedor; ele apenas pode ter seus bens sujeitos à execução. (SHIMURA, Sérgio. Título executivo. 2. ed. São Paulo: Ed. Método, 2005; p. 80). Ainda que o raciocínio seja tecnicamente bastante defensável, entendemos que o responsável pode figurar como parte logo o processo de conhecimento, desde que o autor tenha elementos para provar e imputar-lhe a responsabilidade. O conteúdo da discussão será este: a eventual existência de responsabilidade patrimonial, com a condenação do sócio em caso de procedência da demanda em face da sociedade e também da existência dos pressupostos de fato e de direito para a desconsideração da personalidade jurídica. Esta solução não afasta a possibilidade da desconsideração incidental da personalidade da pessoa jurídica na execução, mas permite que toda discussão sobre a existência da responsabilidade seja antecipada no bojo do processo cognitivo. Além disso, permite que o sócio desde logo possa atuar e se empenhar como assistente na defesa da pessoa jurídica. Por isso, entendemos que, ao antecipar uma discussão futura, promovendo celeridade e economia processual, esta solução é a que mais se coaduna com o texto constitucional.

3.4 O procedimento da desconsideração e o princípio da eficiência: o âmbito de cognição da defesa do sócio/acionista, responsável patrimonial e afetado pela medida.

A questão debatida no item precedente é bastante delicada e consiste na necessidade de ajuizamento de ação autônoma pelo credor para obter a desconsideração da personalidade jurídica. Vimos que, embora haja necessidade de cautela do magistrado para impor a medida, sob pena da sua indevida vulgarização, com abalos à segurança do sistema jurídico e econômico social⁴⁰³, a jurisprudência admite – ao nosso ver com suporte no princípio constitucional da eficiência – que a medida seja adotada incidentalmente no curso de um processo executivo, seja um cumprimento de sentença ou uma execução por título extrajudicial⁴⁰⁴.

Outra questão relacionada com esta – e não menos delicada – consiste no âmbito da defesa que pode ser exercida pelo sócio em decorrência da desconsideração da personalidade jurídica e da constrição judicial sobre seus bens pessoais. Não há dúvida de

⁴⁰³ A exigência de cautela para a jurisprudência vem reforçada pela doutrina, v. g.: “Também há cognição sobre matéria estranha ao processo de execução nas hipóteses em que é postulada a penhora de bens de terceiros, com fundamento em desconsideração da personalidade jurídica da executada. Nesses casos, não é raro o juiz proferir decisão incidental, determinando a constrição sobre bens pertencentes aos sócios, visto que demonstrada a extinção irregular da sociedade. Parece que tal conclusão – normalmente fundada em cognição sumária da situação, mesmo porque não há como produzir prova dos fatos e o terceiro atingido pelo ato judicial normalmente não participa do processo – só deve ser admitida em caráter excepcional, quando houver elementos suficientes para justificá-la.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Cognição e decisões do juiz no processo executivo*. In *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Luiz Fux, Nelson Nery Júnior e Tereza Arruda Alvim Wambier (coord.) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006; pp. 364-365.)

⁴⁰⁴ A mesma conclusão está esboçada em obra doutrinária comentando acórdãos do STJ sobre a desconsideração da personalidade jurídica: “Outra questão processual sobre a aplicação da teoria da *disregard doctrine* encontrada nos acórdãos 02, 05, 04, 11 e 18 é sobre a dispensabilidade do ajuizamento de ação autônoma em face da possibilidade de aplicação da mesma no próprio processo de execução (singular ou coletivo) para que o ato de expropriação atinja os bens particulares de seus sócios, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros, desde que verificados os pressupostos de sua incidência e prova documental inconcussa da situação legitimante. Nesse sentido, Comparato e Salomão Filho (2005, p. 481-482) informam que a desconsideração não precisa ser decretada ou obtida em processo autônomo. No próprio processo de execução, não nomeando o devedor bens à penhora ou nomeando bens em quantidade insuficiente, ao invés de pedir a declaração da falência da sociedade o credor pode e deve, em presença dos pressupostos que autorizam a aplicação do método da desconsideração, definidos acima, pedir diretamente a penhora de bens do sócio (ou da sociedade, em caso de desconsideração inversa). A desconsideração nesse caso, além de atender melhor aos próprios interesses do credor, que seguramente não pretenderá sujeitar-se ao concurso falimentar com os demais credores, tem consequências benéficas para a comunidade, na medida em que evita a falência.” (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da e BRASIL, Deilton Ribeiro. *Desconsideração da personalidade da pessoa jurídica* – visão crítica da jurisprudência. Guilherme Calmon Nogueira da Gama (coord.). São Paulo: Ed. Atlas, 2009; p. 216.)

que o ponto principal da defesa deve recair sobre a existência ou não dos pressupostos legais que autorizam a aplicação da medida; restar saber, todavia, se o sócio (ou a sociedade, em caso de desconsideração inversa) podem atacar o mérito do próprio título executivo.

Vozes de respeito na doutrina nacional entendem que o âmbito cognitivo da defesa deve ser o mais amplo possível, podendo-se atacar o mérito da dívida⁴⁰⁵. No cumprimento de sentença, se o sócio pudesse ofertar impugnação para rediscutir toda a matéria de defesa que culminou com a formação do título executivo judicial, a impugnação seria, na prática, uma nova ação, com todas as delongas que lhe são inerentes, inclusive com a eventual necessidade de se renovar toda a instrução probatória, com a admissão de todos os recursos do sistema processual para as decisões sobre matéria de fato e de direito. Reduziria abruptamente a utilidade em decretar incidentalmente a desconsideração na fase executiva do processo (fase do cumprimento da sentença).

Esta posição, posta em termos absolutos, fere o princípio constitucional da eficiência e deve ser rejeitada. Mas há que se ponderar diferentes situações.

Uma primeira situação é do envolvimento pessoal e direto de certo sócio/acionista em situação que caracterize a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica pela teoria maior, isto é, quando houver fraude ou abuso da personalidade jurídica. Nesses casos, a única defesa possível do sócio/acionista será a inexistência dos pressupostos legais autorizadores da aplicação da medida ou a negativa do seu envolvimento nos fatos, procurando afastar a autoria.

⁴⁰⁵ Defendendo este entendimento, Fredie Didier usa o seguinte argumento para justificar a necessidade de ação autônoma para a desconsideração da personalidade jurídica: “Se a desconsideração por incidente ocorrer em execução de título judicial, tendo em vista que o sócio/sociedade não participou do processo de conhecimento, a ele será permitido formular ampla defesa, podendo rediscutir a existência da dívida.” (DIDIER JR., Fredie. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. In Reflexos do novo Código Civil no Direito Processual. Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei (coord.). 2.ed. Salvador (BA): Edições Podivm, 2007; p. 169/170). Ele complementa asseverando que “Esse embaraço deve ser evitado”. (idem, na sequência).

Como o débito é da pessoa jurídica, o sócio/acionista não será parte. Sua inclusão no polo passivo da demanda, como litisconsorte passivo facultativo, servirá apenas para discutir a sua responsabilidade patrimonial. Sem prejuízo, o sócio/acionista poderá atuar como assistente da pessoa jurídica, procurando auxiliar em sua defesa. Veja-se que o litisconsórcio não será unitário. A pessoa jurídica pode ser condenada e o sócio/acionista não, desde que prove a inexistência dos pressupostos para a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica ou a ausência do seu envolvimento pessoal e direto nos fatos.

Quando o sócio ou acionista fizer parte do polo passivo da ação de conhecimento e for condenado pelo reconhecimento dos pressupostos de fato e de direito para aplicação da *disregard of legal doctrine*, a questão não trará maiores dificuldades, uma vez que a condenação será sacramentada por decisão transitada em julgado e haverá título executivo em seu desfavor.

Nessa mesma hipótese de teoria maior e envolvimento pessoal e direto do sócio/acionista com o abuso da personalidade jurídica, a desconsideração pode ser decretada durante a fase de cumprimento da sentença, em ação de conhecimento em que o sócio/acionista não tiver sido parte. Nesse caso, ele poderá apresentar embargos de terceiro, para discutir exclusivamente a inexistência da situação de fraude ou abuso ou a ausência de sua participação pessoal e direta nestes eventos. Enfim, a discussão dos embargos do terceiros cingir-se-á à inexistência dos pressupostos fáticos e jurídicos para decretar a medida ou à falta de envolvimento do sócio/acionista com os eventos que dão origem à desconsideração. Igual raciocínio vale para a hipótese em que a execução seja de título extrajudicial: caber-lhe-á apenas os embargos de terceiro com limitação do âmbito cognitivo.

Nestes casos, como não houve uma prévia ação de conhecimento, a decretação dependerá de uma base de *justa causa*, isto é, um razoável substrato probatório que convença o juízo da presença de verossimilhança para decretar a medida, ou seja, da presença dos pressupostos legais para a desconsideração da personalidade jurídica. É esse

suporte que autorizará a desconsideração seja decretada em caráter incidental, deslocando o ônus de provocar o Poder Judiciário e de provar a inexistência dos pressupostos legais para o sócio/acionista.

Nessa primeira situação, com efeito, não está correto admitir possam ser ressuscitadas todas as questões de fato e de direito decididas ao longo da ação originária. Isso porque é pressuposto da desconsideração com envolvimento pessoal e direto no abuso da personalidade jurídica que o sócio/acionista poderia influir na defesa da pessoa jurídica (sendo administrador, majoritário, controlador ou participando de um consórcio específico), ou poderia mesmo atuar como assistente da defesa, antecipando-se à desconsideração vindoura. A desconsideração pressupõe que o sócio tinha ciência ou poderia ter ciência, caso fosse mais diligente do andamento dos negócios empresariais, inclusive das ações judiciais em que a sociedade empresária figura como parte. É esse poder de gerência do sócio sobre a atividade empresarial que autoriza a desconsideração pela teoria maior e que também faz pressupor a possibilidade concreta de definir a defesa judicial da pessoa jurídica. Afinal, o sócio é o maior interessado na sua vitória processual, não só por temer eventual desconsideração, mas principalmente pelo desejo presumível de que não se desfalque o patrimônio de entidade da qual possui participação expressiva no capital social, ou acompanha com esforços concentrados a sua gestão administrativa.

O sócio/acionista, nessas condições que autorizam a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, tem condições concretas de influenciar e determinar os rumos da defesa judicial da pessoa jurídica. Na maioria das vezes, sabe-se que ele faz isso; o mínimo a exigir para a desconsideração da pessoa jurídica é que ele poderia ter feito isso e, omitindo-se com a indevida negligência, deixou de fazê-lo. Além de poder de potencialmente ditar a defesa da pessoa jurídica, fornecendo as provas para tanto e contratando o advogado encarregado da sua representação, repise-se que o sócio pode atuar como assistente da mesma, antecipando-se à eventual decretação da medida.

Na linha da distinção prevista na doutrina entre débito e responsabilidade, mostra-se bastante plausível a posição no sentido de que o sócio só poderia opor embargos

de terceiro e o seu tema deve ser limitado à legalidade ou não da desconsideração da personalidade jurídica, não se admitindo qualquer outra discussão sobre o mérito da causa. Isso ocorre porque se trata de responsabilidade patrimonial por dívida de *outrem* (a pessoa jurídica ré) e não por dívida *própria* (do sócio) ⁴⁰⁶. A única controvérsia possível é se estariam ou não estão presentes os requisitos legais para decretar a desconsideração da personalidade jurídica.

Se há participação efetiva e comprovada do sócio na gestão da sociedade e se a desconsideração decorre de abuso da personalidade jurídica (teoria maior), não há dúvida de que lhe conceder o direito de rediscutir toda a matéria de mérito seria premiar a sua má-fé, prestigiando a impunidade e golpeando a eficiência do sistema processual. Neste caso, não se abre espaço para cogitar de lesão do direito de defesa do sócio porque ele podia efetivamente influir na defesa da pessoa jurídica, ou atuar como seu assistente e obter o ganho da causa em favor, protegendo com isso seu patrimônio pessoal.

Admitir o contrário daria a ele uma chance indevida: deixar frustrado o credor com a pessoa jurídica que naufragou por sua culpa ou dolo. O processo deve ter ferramentas de ponta para garantir a efetividade de direitos e coibir fraudes. Isso é o que decorre do princípio constitucional da eficiência. O direito à defesa do sócio/ acionista deve

⁴⁰⁶“Em determinados casos, a lei processual estende a responsabilidade patrimonial pelas dívidas do devedor a bens de terceiros que, por algum motivo, guardam relação com o débito executado. Por vezes, essa extensão é limitada a certos bens do terceiro. Em outras hipóteses, a responsabilidade do terceiro é ampla, atingindo todo o seu patrimônio. [Transcreve o art. 592 do CPC]. (...) O inciso II trata dos casos em que a pessoa jurídica não se desvincula totalmente de seus sócios (de modo que o patrimônio destes ainda se comunica com o daquela), como também da desconsideração da personalidade jurídica. Nestes casos, os bens dos sócios podem ser atingidos por execução movida contra a pessoa jurídica, ainda que a preferência na execução se dê sobre os bens desta (art. 596 do CPC).” (MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Direito Processual Civil, vol. 3, Execução. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007; p. 257); “O responsável patrimonial é parte ou terceiro na relação processual executiva? [Transcreve o art. 592 do CPC] Araken de Assis confere a qualidade de parte a essas pessoas que tiveram seus bens tocados pela execução. (...) “Todavia, preferimos a corrente majoritária que diferencia a legitimidade passiva da responsabilidade patrimonial. A rigor, esses bens são atingidos pelos atos executivos, mas pertencem a terceiros. A ação executiva é movida em face do devedor, embora bens de terceiros possam ser afetados pela força executória. É dizer, pode acontecer que bens de terceiros, que não devedores, nem partes na execução, venham a ser atingidos pelo processo executivo, mesmo que não exista assunção de dívida. Verifica-se, então, que a idéia de legitimidade passiva não se confunde com a de responsabilidade patrimonial. Não devemos, pois, baralhar a noção de sujeito passivo (art. 568) com o de responsável patrimonial (art. 592). O sujeito passivo é o executado, é o responsável pelo pagamento, é parte, portanto. O responsável patrimonial é terceiro, e somente seus bens ficam sujeitos à execução.” (SHIMURA, Sérgio. Título executivo. 2. ed. São Paulo: Ed. Método, 2005; pp. 79-80);

ser respeitado para provar a inexistência da fraude ou do seu envolvimento com a mesma, podendo inclusive atuar como seu assistente no curso de processo de conhecimento, ou de embargos do devedor, sem olvidar que, no mais das vezes, é o próprio sócio/acionista que irá dirigir a defesa da pessoa jurídica. Mas, sendo a dívida da pessoa jurídica, não se pode admitir que a defesa do sócio/acionista, na fase de execução, procure rediscutir toda a matéria de mérito que levou à condenação da pessoa jurídica.

Afinal, o devedor que não usa de expedientes ilícitos ou fraudulentos para mascarar suas dívidas tem direito a uma só defesa; não se pode dobrar ou reforçar as chances de defesa de quem se vale de expedientes desse naipe, salientando que, quando ocorre a desconsideração da personalidade jurídica, o patrimônio da pessoa jurídica e o do sócio/acionista passam a se confundir, ao menos para o pagamento daquela certa e específica obrigação.

Uma segunda situação é da aplicação teoria maior, com fraude ou abuso da personalidade jurídica, mas sem envolvimento pessoal e direto do sócio/acionista nos fatos. Sua responsabilidade decorreria de ter uma participação econômica relevante, ou ter uma participação gerencial relevante não exercida. Ou seja, o sócio/acionista assume qualitativamente os riscos do negócio e, por omissão, negligência e desídia, permite que a situação lesiva a terceiros venha a eclodir. Essa situação é equiparável à desconsideração pela teoria menor, quando houver inadimplência da sociedade empresária por dívidas relativas às relações de consumo ou ao meio ambiente, sem dolo ou culpa – apenas por assumir qualitativamente os riscos do negócio.

Portanto, essa segunda situação contempla dois casos: primeiro, quando a responsabilidade patrimonial do sócio/acionista decorre de omissão juridicamente relevante, com aplicação da teoria maior; segundo, de aplicação da teoria menor, pela desconsideração da personalidade da pessoa jurídica em desfavor de quem tinha o poder efetivo ou potencial de sua gestão (sendo sócio administrador, controlador, majoritário), ou de uma pessoa jurídica que aderiu a um consórcio de empresas para fim específico, mas que não decorre do abuso da personalidade jurídica, não decorre de fraude, desvio de finalidade

ou confusão patrimonial, *mas sim da assunção do risco do negócio somado à lesão de bem jurídico sujeito a proteção especial (consumidor ou meio ambiente)*, nos casos de aplicação da teoria menor.

Nestes casos, também seria mais conveniente a uma perspectiva isolada de eficiência no processo adotar a mesma solução da situação anterior, ou seja, que a defesa se limitasse à existência da responsabilidade patrimonial pelo sócio (ou não). Mas, nesses casos incomoda a possibilidade de eventual vulneração do direito fundamental à ampla defesa, com a perspectiva de que o sócio, caso tivesse sido pessoalmente citado e figurasse no polo passivo da demanda, poderia influir a ponto de levar à improcedência da demanda. Afinal, embora a desconsideração se justifique pelo sócio/acionista assumir os riscos do negócio, não dolo ou culpa. Por outro lado, há os direitos do credor, que aguarda do Poder Judiciário a necessária efetividade.

A solução que vislumbramos para tais casos será permitir a defesa do sócio, quanto ao mérito da dívida, mas apenas em caráter de inovação, isto é, demonstrando efetivamente que as questões deduzidas por ele são novas, não foram objeto de apreciação na demanda em face da sociedade e que têm aptidão, por si só, para determinar a sua improcedência, ou que a defesa produzida pela sociedade não produziu alguma prova essencial para resolver uma questão de fato.

Deve-se ter em mente que o sócio/acionista, nas condições que autorizam a desconsideração da personalidade jurídica, pode influir na defesa da sociedade ou atuar como seu assistente, antevendo a desconsideração da personalidade jurídica. Quando o sócio/acionista não atua como assistente, pode-se utilizar, por analogia, do art. 55 do CPC, ou interpretá-lo no sentido de que, quanto à desconsideração da personalidade jurídica, deve ser aplicado não só quando houve assistência, mas quando poderia ter havido. Isso com uma ligeira adaptação: como *de fato* não interveio o sócio/acionista, deve-se considerar que ele sempre fora impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença (inciso I) e que ele poderá sempre produzir alegações ou provas novas de que o

assistido (leia-se: a pessoa jurídica) não se valeu por dolo ou culpa, uma vez que ele presumivelmente desconhecida o que estava sendo alegado e provado nos autos⁴⁰⁷.

Não há nenhuma regra legal expressa que leve objetivamente a esta conclusão, que também não conta com apoio doutrinário ou jurisprudencial. Ela foi construída com uma consideração do *sistema* legal, cotejando-se os princípios da eficiência com o do contraditório e da ampla defesa. Cabe-nos reconhecer que a leitura *isolada* de algumas regras legais poderia até desautorizar essa posição, mas é a que nos parece mais acertada numa perspectiva de ponderação dos valores processuais em jogo. Na realidade, essa posição suaviza a consideração de que o responsável pode perder seus bens sem ter a chance de negar a existência, validade ou eficácia da dívida. Permite-se que o faça, desde que com fundamentos novos, ou com provas novas para o deslinde de questão de fato.

Pode-se objetar que a coisa julgada só atinge as partes do processo e não terceiros, nos termos do art. 472 do CPC. Mas, o sócio não tem seus bens penhorados por débito *próprio* e sim por débito de *terceiro*. A rigor, não poderia discutir nada além da existência ou não da sua responsabilidade patrimonial. Por isso, não se deve admitir que o sócio venha a repetir as mesmas teses defensivas já apreciadas, julgadas e rejeitadas, ainda que *travestidas* de novos argumentos, porque (i) ele mesmo tinha (ou poderia ter) o poder de controle da defesa judicial da pessoa jurídica e, além disso, (ii) bem ou mal, tais questões que poderiam negar procedência à demanda já foram decididas, de modo que, mesmo que o sócio tivesse figurado como parte, cabe pressupor que o destino do processo seria o mesmo se ele alegasse os mesmos fundamentos de fato e de direito alegados pela pessoa jurídica, rejeitados pela sentença.

Na realidade, a sentença condenatória ou o título executivo extrajudicial atuam na vida do sócio/acionista como um *fato jurídico*. Ele pode tentar evitar esse fato

⁴⁰⁷ Art. 55. Transitada em julgado a sentença, na causa em que interveio o assistente, este não poderá, em processo posterior, discutir a justiça da decisão, salvo se alegar e provar que: I - pelo estado em que recebera o processo, ou pelas declarações e atos do assistido, fora impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença; II - desconhecia a existência de alegações ou de provas, de que o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu.

sendo diligente na fiscalização dos negócios da pessoa jurídica e atuando como assistente nas suas demandas, caso vislumbre causa concreta para a desconsideração da personalidade jurídica que venha a atingir. É fato jurídico e enseja a responsabilidade tanto quanto o sublocatário que vai ser despejado por dívida do locatário originário e locador, ou do avó que se vê obrigado a pagar alimentos a uma criança em decorrência de uma sentença de procedência de ação de investigação de paternidade movida pelo seu neto, alimentando, contra seu filho, pai do mesmo. O avô poderá discutir os pressupostos legais do pagamento de alimentos (binômio necessidade do alimentando e possibilidades do prestador), mas não poderá recusar o vínculo de parentesco decorrente de sentença produzida em processo do qual não foi parte.

Nos casos de desconsideração da personalidade jurídica pela assunção dos riscos do negócio (teoria menor) ou pela negligência em intervir nos negócios sociais (abuso, teoria maior, sem participação direta do sócio/acionista), deve-se considerar sepultadas as questões já decididas, uma vez que o contraditório tenha sido exercido pela pessoa jurídica e suas defesas de fato e de direito rejeitadas. Sem prejuízo, em obséquio ao direito à ampla defesa, deve-se conceder ao sócio/acionista prejudicado com a desconsideração da personalidade jurídica a oportunidade de apresentar novas causas de defesa, considerando-se como tais as matérias de fato ou de direito não discutidas na ação anterior, ou reforçar a defesa precedente, caso não tenham sido produzidas provas adequadas para robustecer alegações de fato ou de direito.

Embora seja difícil imaginar que os sócios/acionistas, precipitando-se a um futuro e eventual pedido, ou uma decisão *ex officio* que decrete a desconsideração da personalidade jurídica da pessoa jurídica, venham a intervir como seus assistentes, até pelo receio de que tal comportamento seja interpretado como uma espécie de admissão pela possibilidade de decretação da medida, cabe considerar que a posição ora defendida, no sentido de evitar a reapreciação do conteúdo de defesa já rejeitada, a par de conferir maior efetividade aos direitos do credor, também favorece que os sócios/acionistas sejam mais envolvidos com os negócios sociais quando possam ser alvo da aplicação da medida, sendo mais preocupados com a defesa da pessoa jurídica, com a lisura das suas ações e do seu

patrimônio. Privilegia-se, com isso, uma atitude mais responsável dos envolvidos com a atividade da pessoa jurídica, o que vale a dizer, mais consentânea com as responsabilidades que emergem da sua função social.

Saliente-se, por fim, que a desconsideração não precisa recair necessariamente sobre a pessoa do sócio de direito, aquele que figura como tal no contrato social. Se houver provas efetivas da existência de um sócio de fato, ou mesmo daquele que, não sendo sócio, administra a pessoa jurídica de fato, a desconsideração da personalidade jurídica poderá implicar a constrição patrimonial desta pessoa⁴⁰⁸.

4 Considerações sobre o princípio da eficiência na execução contra a Fazenda Pública

4.1 Exposição introdutória do problema

A Fazenda Pública, assim compreendida os entes estatais, suas autarquias e fundações de direito público, não estão sujeitas ao regime jurídico do cumprimento de sentença, nem à execução forçada de título extrajudicial nos mesmos moldes do sistema existentes para os particulares em geral. A sistemática da execução é peculiar, sendo ditada pelo art. 100 da C.F., que dispõe que o pagamento será feito por meio de precatório⁴⁰⁹.

O procedimento executivo especial está regulado, a par do já citado art. 100 da CF, nos arts. 730 e 731 do código de processo civil. Apresentada a petição inicial, deve-

⁴⁰⁸ É comum uma sociedade empresária ter em seu quadro societário sócios que são meros laranjas de um terceiro, oculto nos documentos sociais. No exercício da minha atividade profissional, já acompanhei um caso em que a prova disso foi feita, em outros meios, por interceptação telefônica, na qual ficou clara a ligação e a posição de chefia do terceiro oculto. Isso aconteceu no bojo de um inquérito policial, mas nada impede o uso dessa prova como emprestada em processos cíveis. A sociedade declarava corretamente todos os tributos e encargos incidentes sobre a sua atividade, mas não pagava nada. Quando se pensava em expropriar os bens dos sócios de direito, não tinham patrimônio nenhum. O terceiro oculto, todavia, tinha patrimônio que beirava um bilhão de reais.

⁴⁰⁹ O precatório é uma solicitação feita pelo Poder Judiciário ao Poder Executivo para que seja feita a quitação de um débito do Estado devido em decorrência da sua condenação, apurada em regular processo judicial e fixada por sentença transitada em julgado. Há que se distinguir duas fases no processamento do precatório judicial: a expedição do precatório e a solicitação ou requisição do pagamento. A expedição do precatório é deferida pelo juiz da execução, que o remete ao presidente do seu tribunal, para requisição do pagamento junto ao órgão público. É exclusiva do presidente do tribunal a competência para a requisição do pagamento

se citar a Fazenda Pública “para opor embargos”. Após a citação e o transcurso do prazo para oposição de embargos, não sendo estes opostos ou sendo rejeitados, o juiz da causa requisita o pagamento por intermédio do presidente do tribunal a que estiver jungido. Se os embargos forem julgados procedentes, o juiz glosa da execução o montante indevido e requisita o pagamento apenas do saldo devido. Após a expedição do precatório, sendo o credor preterido no seu direito de preferência, o presidente do tribunal, que expediu a ordem, deve ordenar o seqüestro da quantia necessária para satisfazer o débito, após a oitiva do chefe do Ministério Público.

A intenção do constituinte foi de evitar a expropriação judicial de bens públicos, permitindo com isso a continuidade da máquina administrativa e dos serviços públicos.⁴¹⁰

Todavia, de um modo geral, os entes públicos vêm desrespeitando escancaradamente o comando constitucional que impõe o pagamento da dívida no curso do exercício financeiro seguinte para precatórios recepcionados até 1º de julho de um ano. E aí a dívida se protela *ad eternum*, deixando o crédito insatisfeito e o sistema de pagamentos ineficaz⁴¹¹. Por isso, a execução contra a Fazenda Pública é um dos problemas mais mal resolvidos quanto à eficiência da prestação jurisdicional.

Não é só a execução de pagar quantia certa que sofre de inoperância diante da Fazenda Pública. Também carece de efetividade a execução de fazer e não fazer,

junto à Administração Pública, não sendo admissível ao juiz da execução assim proceder nem mesmo nas hipóteses em que a decisão cognitiva transitar em julgado na primeira instância.

⁴¹⁰ Dada a sua natureza pública, os bens estatais não podem ser submetidos à penhora, nem estão sujeitos a usucapião (arts. 100 e 102 do cód. civil c/c art. 649, inc. I, do cód. de proc. civil). A justificativa para tal regime especial repousa no princípio constitucional implícito de supremacia do interesse público frente ao interesse particular. Há que se admitir que, por mais legítimo que seja o direito de crédito dos particulares contra a Fazenda Pública, há interesses públicos e sociais defendidos pelo Estado que estão numa escala superior da axiologia constitucional e se lhes sobrepõem, não podendo sofrer o risco de perecerem, nem podendo ser deixados à míngua com base no direito de crédito de outrem.

⁴¹¹ Segundo Antonio de Pádua Ribeiro, “Todos sabem que o Estado sempre foi um mau pagador. Nunca deu exemplo de pronto cumprimento das obrigações, exigência que faz aos particulares, especialmente quanto aos débitos de natureza tributária. Esse tradicional ‘calote’ das dívidas estatais passou a ter status constitucional com o art. 33 do ADCT, que instituiu moratória, pelo prazo de oito anos, para pagamento dos precatórios” (NOGUEIRA, Antonio de Pádua. *Execução contra a Fazenda Pública*. In Revista CEJ, Brasília, n. 16, p. 106-114; jan/mar. 2002).

principalmente diante de decisões que procuram implantar políticas públicas. A resistência administrativa no cumprimento da decisão judicial costuma ser persistente, seja por má-fé do responsável, seja por má vontade, seja excesso de burocracia, seja por desconhecimento dos servidores envolvidos quanto às medidas cabíveis para cumprimento da ordem.

Este tópico tem o objetivo de abordar temas relacionados à execução contra a Fazenda Pública sob a perspectiva do princípio constitucional da eficiência.

4.2 Execução provisória contra a Fazenda Pública

A execução provisória da sentença faz-se pelo mesmo modo que a definitiva, com as restrições constantes dos incisos do art. 475-O do CPC, permitindo-se inclusive que o exeqüente faça levantamento de depósito em dinheiro, desde que ofereça caução idônea⁴¹².

Antigamente se entendia perfeitamente cabível a execução provisória contra a Fazenda Pública por ausência de vedação legal nesse sentido. Havia a previsão genérica de execução provisória para os créditos em geral e nada supunha inaplicável esse procedimento legal para os créditos contra a Fazenda Pública.

O quadro alterou-se com a Emenda Constitucional n.º 30, que exigiu o trânsito em julgado de sentença para a expedição do precatório. A partir daí, o entendimento corrente foi no sentido da impossibilidade de execução provisória contra a Fazenda Pública.

⁴¹² CPC, Art. 475-O. “A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas: I – corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exeqüente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido; II – fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento; III – o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.

Todavia, parece-nos perfeitamente possível conciliar a execução provisória contra a Fazenda Pública com a exigência do trânsito em julgado da sentença condenatória para o precatório, *dentro de uma perspectiva que alie a máxima eficiência possível do sistema sem risco de lesão ao erário público*. Basta que a execução se processe até o momento imediatamente anterior à expedição do precatório, ou seja: pode-se liquidar o débito eventualmente ilíquido, citar a Fazenda Pública e fazer fluir seu prazo para opor embargos, processar e julgar os embargos eventualmente opostos e deixar o processo de execução num ponto em que, confirmada a decisão no processo de conhecimento pelo seu trânsito em julgado, com a negativa de provimento aos recursos sem efeito suspensivo, bastará expedir o precatório para pagamento.

Nada impede, assim, que se admita a execução provisória apenas para fins de liquidação de sentença (que precise ser liquidada) e fixação do valor devido, citando-se a Fazenda e oportunizando-lhe a oposição de embargos. Esse procedimento visaria apenas à antecipação de atos executivos sem a consumação da execução, nesse ponto atendendo ao *subprincípio da celeridade processual*. Mas, de qualquer modo, não se deve permitir, após a ulitimação destas etapas do procedimento, a expedição do precatório, sem que antes a decisão condenatória tenha transitado em julgado. O princípio da eficiência não avança tanto a ponto de por em risco de dano o direito público de preservação do erário contra investidas judiciárias eventualmente equivocadas, vez que provisórias.

Nesse sentido que preconizamos, veja-se o seguinte julgado do STJ:

“PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. AJUIZAMENTO ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL N. 30/2000. POSSIBILIDADE. 1. A Emenda Constitucional nº 30 deu nova redação ao §1º do art. 100 da Constituição para estabelecer, como pressuposto da expedição de precatório ou da requisição do pagamento de débito de pequeno valor de responsabilidade da Fazenda Pública, o trânsito em julgado da respectiva sentença. 2. Há de se entender que, após a Emenda 30, limitou-se o âmbito dos atos executivos, mas não foi inteiramente extinta a execução provisória. Nada impede que se promova, na pendência de recurso com efeito apenas devolutivo, a liquidação da sentença, e que a execução (provisória) seja processada até a fase dos embargos (CPC, art. 730, primeira parte)

ficando suspensa, daí em diante, até o trânsito em julgado do título executivo, se os embargos não forem opostos, ou forem rejeitados. 3. Em relação às execuções provisórias iniciadas antes da edição da Emenda 30, não há a exigência do trânsito em julgado como condição para expedição de precatório. Precedentes do STF e do STJ". (STJ, REsp 331.460 – SP, DJ 17/11/2003, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI).

Discordamos do julgado apenas em admitir que, nas execuções provisórias iniciadas antes da Emenda 30, *“não há a exigência do trânsito em julgado como condição para expedição de precatório.”* Esta alteração constitucional teve o objetivo de velar pela segurança jurídica na tutela do patrimônio público, impedindo que o mesmo seja vilipendiado por decisões judiciais que possam ser reformadas ou cassadas posteriormente, posto que desvestidas da autoridade da coisa julgada. A nosso ver, portanto, a alteração textual apenas declarou expressamente aquilo que já preexistia em caráter normativo.

Além disso, há outra razão: as regras processuais têm aplicabilidade imediata. Desse modo, se a execução tiver sido iniciada antes da E.C. n.º 30, seria o caso de se permitir a sua continuidade até a definitiva fixação do valor exequendo, suspendendo a expedição do precatório até o trânsito em julgado da decisão condenatória, de modo que a atividade judiciária pudesse melhor prestigiar o comando normativo do novel texto constitucional⁴¹³.

⁴¹³ O mesmo Min. Teori Albino Zavascki explicou com acuidade o seu pensamento no julgamento da Medida Cautelar n.º 6.489 – SP, DJ 16.06.2003, verbis: “Em se tratando de obrigação de entregar coisa, ou de fazer e de não fazer, a “execução provisória” contra a Fazenda Pública segue o regime comum do Código de Processo, previsto para a universalidade dos devedores, que é o dos artigos 461 e 461-A. Porém, em se tratando de obrigação de pagar quantia, o procedimento executório é o especial, estabelecido nos arts. 730 e 731, que, em se tratando de execução provisória, deve ser compatibilizado com as normas constitucionais. Atualmente, os parágrafos 1º, 1º-A (ambos com a redação da EC n. 30, de 2.000) e 3º (redação da EC n. 20, de 1998) do art. 100 da Constituição, deixam evidenciado que a expedição de precatório ou o pagamento de débito de pequeno valor de responsabilidade da Fazenda Pública, decorrentes de decisão judicial (mesmo em se tratando de obrigação de natureza alimentar) supõem o trânsito em julgado da respectiva sentença. Limita-se, com isso, o âmbito dos atos executivos, mas não se pode considerar totalmente eliminada a execução provisória nesses casos. Nada impede, com efeito, que, pendente recurso com efeito apenas devolutivo, se promova a liquidação da sentença e que a execução (provisória) seja processada até a fase dos embargos, prevista na primeira parte do art. 730 do CPC, ficando suspensa, daí em diante, até o trânsito em julgado do título executivo, se os embargos não forem opostos, ou forem rejeitados.”

Posteriormente ao REsp 331.460 – SP, cuja ementa está acima transcrita, há um julgado do STJ no qual se afirma, categoricamente, que não é mais possível a execução provisória contra a Fazenda Pública após a E.C. n° 30, verbis:

“3. A Emenda Constitucional 30/2000, ao inserir no § 1º do art. 100 da CF/88 a obrigação de somente ser incluído no orçamento o pagamento de débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, extinguiu a possibilidade de execução provisória. 4 Releitura dos arts. 730 e 731 do CPC, para não se admitir, contra a Fazenda Pública, execução provisória.” (STJ, REsp 464.332, DJ, Rel. Min. Eliana Calmon).

Observando-se o teor do acórdão, todavia, conclui-se que o que está vedado é a expedição do precatório no curso da execução provisória, sendo extremamente relevante atentar para a advertência do Min. Teori Albino Zavascki no sentido de que “não se pode considerar totalmente eliminada a execução provisória nesses casos.”

Vale dizer, não está vedada a possibilidade da execução provisória contra a Fazenda Pública, antes ou depois da E.C. n.º 45, limitada a prática de atos executivos à liquidação do valor devido, citação da Fazenda para propositura de eventuais embargos à execução e julgamento desses embargos eventualmente opostos, ficando condicionada a expedição do precatório ou de requisição de pagamento à decisão condenatória passada em julgado.

4.3 Execução de parcela incontroversa

O art. 100 da Constituição Federal dispõe que a execução contra a Fazenda Pública irá ocorrer com espeque em “*sentença definitiva*.” Assim, a Fazenda vinha defendendo em juízo que, ao embargar uma execução, mesmo que parcialmente, o recebimento dos embargos suspenderia todo o seu curso, devido ao peculiar regime jurídico a que está constitucionalmente submetido tal processo, de modo que apenas com o julgamento dos embargos à execução é que se poderia expedir o precatório. Tal entendimento não prevaleceu na jurisprudência, já que a parcela da execução não embargada vale com a mesma força de “*sentença definitiva*”.

No mesmo sentido, a lei 9.494/97, que impede a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, tem a sua aplicação vinculada ao processo de conhecimento. Ela não oferece nenhum óbice à execução de parcela incontroversa da demanda.

Se a oposição dos embargos do devedor cinge a resistência da Fazenda a apenas parte da demanda executiva, a parcela restante, não embargada, pode ser executada de plano, não havendo necessidade, quanto a essa parte não embargada, de se aguardar o desfecho do processo de embargos à execução, que não lhe diz respeito.

É como vem se posicionando o Superior Tribunal de Justiça, verbis:

“Determinando o § 2.º do art. 739 do CPC que ‘quando os embargos forem parciais, a execução prosseguirá quanto à parte não embargada’, sem fazer qualquer exceção em relação à Fazenda Pública, caracteriza-se ofensa à norma processual a não expedição do precatório complementar. Recurso conhecido nos termos acima expostos e provido para, reformando o v. acórdão de origem, determinar a expedição de precatório do valor incontroverso.” (STJ, REsp 541.744 – RJ, DJ de 02.08.2004, Rel. o Min. Jorge Scartezzini)⁴¹⁴.

Cumprе salientar que, nesse caso, não se cuida de execução provisória. Aqui a execução é definitiva, pois já houve o anterior processo de conhecimento ou então a execução está aparelhada em título extrajudicial.

⁴¹⁴ No mesmo sentido: “Consoante previsão do art. 739, § 2.º, do CPC, é possível a expedição de precatório relativamente à parte incontroversa da dívida, quando se tratar de embargos parciais à execução, ainda que opostos pela União.” (STJ, REsp 576.577 – RS, DJ de 29.11.2004, Rel. o Min. João Otávio Noronha). “A melhor exegese que se dá ao art. 739, § 2.º, do CPC, é aquela que, ao possibilitar maior efetividade e celeridade ao processo executivo, permite a execução da parte incontroversa da dívida, ainda que figure como executada a Fazenda Pública. 3. A oposição de embargos à execução insurgindo-se apenas quanto à parte do crédito apresentado, leva à suspensão parcial da execução. 4. A norma processual, como qualquer outra, deve se compatibilizar com a Constituição Federal, portanto, a necessidade de ‘sentenças transitadas em julgado’, contida no texto constitucional, diz respeito à sentença proferida no curso do processo de conhecimento.” (STJ, REsp 659.943 – DF, DJ de 16.11.2004, Rel. o Min. Hélio Quaglia Barbosa). “A Eg. Quinta Turma desta Corte pacificou entendimento no sentido de que, nos termos do art. 739, § 2.º do código de processo civil, é possível a expedição de precatório da parte incontroversa em sede de execução contra a Fazenda Pública.” (STJ, AgRg noREsp 697.208 – RS, DJ de 13.06.2005, Rel. o Min. Gilson Dipp).

A execução da parcela incontroversa pode encontrar resistência numa interpretação literal do texto do § 4.º do art. 100, na medida em que veda a expedição de precatório complementar ou suplementar de valor pago. Admitindo a execução da parcela incontroversa, haverá um precatório quanto a essa verba e outro precatório, expedido posteriormente, no caso de os embargos à execução serem julgados improcedentes. Haveria então um precatório suplementar de valor pago.

Todavia, a razão que inspirou a criação do § 4.º do art. 100 da Constituição⁴¹⁵, vedando a expedição de precatório complementar ou suplementar, foi o círculo vicioso que a Fazenda Pública gerava ao pagar um valor inevitavelmente defasado, sem juros nem correção monetária, eternizando a execução pela expedição contínua de sucessivos precatórios. A Fazenda Pública não observava o mandamento de se incluir no orçamento do ano seguinte os precatórios recebidos até 1.º (primeiro) de julho de um ano; quando pagava, anos depois, o débito estava defasado, gerando a necessidade de novo precatório para incluir a correção monetária e os juros do período de mora. Com o § 4.º do art. 100 acrescentado pela Emenda Constitucional n.º 37/2002, o pagamento deve ser feito de uma só vez, num só precatório, que inclua o valor do débito do precatório mais os juros e correção monetária incidentes sobre período decorrente da mora no pagamento do precatório.

Não se pode aplicar a novel regra constitucional de modo a subverter as razões que lhe inspiraram a criação, gerando um privilégio injustificável à Fazenda Pública, que poderia suspender toda a execução pela discussão de valores ínfimos em sede de embargos.

Todas as prerrogativas processuais concedidas à Fazenda Pública só se legitimam e têm validade, à luz do texto constitucional, se puderem ser justificadas em razão de alguma circunstância de ordem prática. Assim, por exemplo, justifica-se o regime especial de execução por precatórios porque os bens públicos não podem ficar à mercê da propriedade de particulares, implicando a descontinuidade na prestação de serviços

⁴¹⁵ Acrescentado pela Emenda Constitucional n.º 37/2002.

públicos, subordinando relevantes interesses públicos ao interesse meramente privado: há uma justificativa plausível.

Nada justifica, contudo, que se paralise indefinidamente a execução de um valor que é certo e definitivo – como é a parcela incontroversa dos embargos, só porque haja uma outra parcela controvertida e discutida nos embargos. Isso significa dar um privilégio injustificável à Fazenda Pública tendo como contrapartida um sacrifício desmedido do particular. Admitir o contrário implica permitir que os embargos à execução da Fazenda possam travar toda a execução, mesmo que o objeto da sua discussão seja em si irrelevante do ponto de vista econômico.

Assim, numa execução de R\$ 100.000,60 (cem mil reais e sessenta centavos), havendo embargos quanto aos R\$ 0,60 (sessenta centavos), a execução referente aos restantes R\$ 100.000,00 (cem mil reais) teria de permanecer travada, aguardando o julgamento dos embargos. Tal entendimento, a par de violar o princípio constitucional da proporcionalidade, afronta claramente o direito fundamental à razoável duração do processo, inscrito no art. 5.º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal⁴¹⁶.

Considerando que a Constituição é um sistema normativo e suas regras não comportam aplicação isolada, ignorando tudo a seu redor (o sistema), com destaque ao rol de direitos fundamentais, a conclusão a que se chega é que, no caso de oposição limitada de embargos à execução, o § 4.º do artigo 100 da Constituição não impede a execução da parcela incontroversa contra a Fazenda Pública, mesmo que isso signifique a necessidade de se expedir outro precatório suplementar, se os embargos forem julgados improcedentes.

4.4 A multa nas execuções de fazer, não fazer e entrega de coisa em face da Fazenda Pública.

O regime de execução pela via dos precatórios, instituído pelo art. 100 da Constituição da República, disciplina a execução relativa às obrigações de pagar. Quanto às

obrigações relativas a fazer, não fazer e dar coisa, sua disciplina é a comum, de modo que a parte interessada, seja tutelando direito individual ou direito coletivo, pode perfeitamente valer-se dos art. 461 e 461 – A do C.P.C., reclamando do juiz a tutela específica da obrigação ou as providências que assegurem o resultado prático equivalente. E nada obsta que a parte reclame a tutela de urgência do § 3º do mesmo artigo, que dispõe que, “sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada”. O sistema processual brasileiro não obsta a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública nas obrigações de fazer ou não-fazer.

A legislação admite expressamente a aplicação da tutela antecipada em face da Fazenda Pública, embora o faça com disciplina própria. A lei 9.494/1997, em sua ementa, esclarece o seu propósito: “Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências”. Assim, ainda que munida de certas prerrogativas, como a possibilidade de valer-se da suspensão de segurança, como a prévia e necessária oitiva do seu representante legal para manifestar-se em 72 hs. (setenta e duas horas) antes da decisão liminar em mandado de segurança coletivo ou ação civil pública, dentre outras, a Fazenda Pública não se exime da sujeição às medidas de execução indireta previstas no art. 461 do CPC, sejam concedidas em sentença, sejam concedidas liminarmente, pela antecipação dos efeitos da tutela.

Assim, apenas os credores de dívida pecuniária devem aguardar a fila dos precatórios. Nos deveres estatais que envolvem a concretização de um direito social ou econômico, como o direito à saúde, à educação, ao transporte, à segurança, à alimentação, à proteção da maternidade e da infância, dentre tantos outros constitucionalmente atribuídos ao Estado, estamos diante de nítidas obrigações de fazer, do que se extrai a importância do uso das medidas de execução indireta propiciadas pelos arts. 461 e 461-A do CPC.

⁴¹⁶ CF, art. 5º, LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

A única medida que não nos parece cabível, *contra a Fazenda Pública*, consiste na aplicação das astreintes, que nada mais são do que a imposição de multa diária decorrente do descumprimento da determinação judicial.

O Superior Tribunal de Justiça tem admitido as *astreintes* em entendimento já consolidado:

“1. É cabível, inclusive contra a Fazenda Pública, a aplicação de multa diária (astreintes) como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva de obrigação de fazer ou entregar coisa, nos termos dos artigos 461 e 461A do CPC. Nesse sentido é a jurisprudência do STJ, como se pode verificar, por exemplo, nos seguintes precedentes: AgRg no Ag 646240/RS, 1ª T., Min. José Delgado, DJ de 13.06.2005; RESP 592132/RS, 5ª T., Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 16.05.2005; AgRg no RESP 554776/SP, 6ª T., Min. Paulo Medina, DJ de 06.10.2003; AgRg no REsp 718011/TO, 1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 30.05.2005.” (STJ, REsp 766.480 – RS, DJ 03.10.2005, Rel. Min. Teori Albino Zavascki); “É entendimento pacificado nesta Corte de que é possível a fixação, pelo juízo da execução ou a requerimento da parte, de multa contra a Fazenda Pública pelo inadimplemento de obrigação de fazer.” (STJ, REsp 765,523 – RS, DJ 19.09.2005, Rel. Min. Castro Meira).

Reputamos equivocado esse entendimento. Como se sabe, a fixação da multa diária para o caso de descumprimento de determinação judicial opera como mecanismo psicológico de coerção. O instituto tem nítido caráter preventivo; seu objetivo não é primordialmente o de punir, mas sim o de incitar o obrigado ao cumprimento da ordem judicial, funcionando a possibilidade de ser multado, fixada na própria decisão, como eficaz estímulo ao seu cumprimento.

Quanto à Fazenda Pública, contudo, há uma peculiaridade. Não é justo que todo o povo, como dono indireto dos bens públicos, pague pela incúria de um ou outro funcionário público, tanto mais quando há outros meios tão ou mais eficazes para propiciar o cumprimento da decisão. As medidas coercitivas não devem recair sobre o Estado, que é uma entidade meramente abstrata, produto de criação jurídica, responsável por gerir bens públicos e prover serviços essenciais à sociedade; as medidas coercitivas devem recair sobre o agente público responsável por dar cumprimento à determinação judicial, pessoa física de carne e osso que deve sentir na pele a possibilidade de sofrer sérias sanções se

prevaricar no seu dever. Assim, nada obsta que o juiz: (a) tome as medidas práticas equivalentes ao adimplemento; (b) determine a aplicação de multa diária para esse agente público responsável pelo cumprimento da ordem, caso assim não proceda; (c) eventualmente determine a prisão desse agente público, se isso for meio eficaz para dar cumprimento à ordem; (d) determine o afastamento desse agente público do exercício das suas funções, remetendo cópias dos autos ao seu superior hierárquico e ao Ministério Público, a fim de que se proceda à sua responsabilização administrativa, penal e por improbidade administrativa.

Dependendo do desleixo ou da teimosia do agente público encarregado do cumprimento da ordem judicial, quiçá inconformado pela ingerência do Poder Judiciário no seu trabalho, quiçá por interesses próprios inconfessáveis, pode ocorrer de a multa diária contra a Fazenda Pública não lhe oferecer nenhuma intimidação ao cumprimento da ordem. Afinal, a coerção ao Estado ainda não afeta o seu patrimônio. A remota possibilidade de vir a ser proposta ação regressiva não é suficiente pois, dependendo do agente público, a sua capacidade de influência política pode inviabilizar qualquer movimentação jurídica da entidade nesse sentido (v.g., basta pensar num Prefeito, que é chefe administrativo dos procuradores do município, ameaçando os servidores com retaliações em caso de ação regressiva contra si). Ou, o que às vezes acontece, a desorganização administrativa é tão grande que a Fazenda simplesmente não tem a praxe de promover ação regressiva contra seus funcionários, de sorte que o agente, ciente dessa situação, acaba abusando da impunidade.

Destarte, as medidas de coerção psicológica devem recair diretamente sobre o patrimônio ou a liberdade do agente responsável pelo cumprimento da ordem. Considerando a presunção geral de boa fé que paira sobre os cidadãos em geral, nada obsta que o juiz profira a determinação, num primeiro momento, sem qualquer cominação específica, fazendo consignar no mandado apenas que deve ser dado cumprimento à ordem, “sob as penas da lei”. Verificando que a ordem não foi cumprida, aí sim, dadas as peculiaridades do caso concreto, pode-se reiterar o mandado, dessa feita com expressa cominação de penalidade *para o agente público responsável pela execução da ordem*.

A prisão geralmente será ineficaz para o resultado pretendido porque, sendo preso, dificilmente o agente terá condições de dar cumprimento à ordem judicial. Casos excepcionalíssimos talvez justifiquem a medida, como a possibilidade de o agente saber uma senha de computador com exclusividade que, sem ela, fique inviabilizada a abertura de arquivos eletrônicos, necessários ao esclarecimento de situações pessoais e à proteção dos direitos da parte interessada. Caso não forneça a senha e persista no seu intuito, a prisão civil seria uma medida pertinente.

Pode ocorrer de o próprio juiz tomar medidas que supram a atividade administrativa. Verificando, por exemplo, que a Administração Pública tem demorado para fornecer certidões negativas de débito (CND), à vista de determinações judiciais nesse sentido, devido à burocracia do órgão e uma peculiar desorganização interna, nada impede que o juiz faça constar da sua decisão que ela mesma valerá como uma CND, para todos os fins e efeitos de direito. Não é necessário coagir quem quer que seja, inclusive a Fazenda Pública, se o próprio Poder Judiciário puder tomar medidas práticas que, no plano fático e jurídico, dêem a mesma proteção ao direito da parte interessada que se obteria com a atividade imposta.

Esse raciocínio vale para a Fazenda Pública devido ao princípio da indisponibilidade e impenhorabilidade dos bens públicos, cuja força normativa se extrai, ainda que implicitamente, da ordem constitucional. A lisura que se deve no trato com a *res pública* permite proteção especial, inclusive do Poder Judiciário, e é isso que justifica uma série de medidas processuais qualificadas como prerrogativas fazendárias: prazo dilargado para contestar e recorrer (CPC, art. 188), duplo grau de jurisdição obrigatório (CPC, art. 475), suspensão de segurança (L. 4.348/1964, art. 4.º), etc.

Igual tratamento não deve ser dispensado às pessoas jurídicas de direito privado porque aí a multa diária, decorrente da desídia ou teimosia de algum empregado, fica por conta dos riscos do negócio, sem prejuízo de que o juiz tome medidas alternativas no caso de se reiterar o descumprimento da ordem judicial: prisão do gerente, paralisação

das atividades da empresa, bloqueio de seus valores em conta corrente, tudo a ser sopesado e aplicado conforme as peculiaridades de cada caso concreto.

A situação não se compara à responsabilidade civil do Estado pelos atos praticados por seus agentes. O art. 37, § 6.º, da Constituição, dispõe que “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.” Se a demora no cumprimento da ordem judicial causar dano, o prejudicado poderá reclamar indenização contra o Estado. Todavia, para evitar a consumação do dano, ou sua continuidade, com caráter profilático, a medida de coerção psicológica deve atingir o patrimônio do agente público diretamente responsável pela execução da ordem.

Desse modo, não se sustenta uma irresponsabilidade da Fazenda Pública pelos seus atos, materializados através dos atos de seus agentes, que o fazem em seu nome. A responsabilidade civil existe e deve continuar existindo porque nela já existe um dano constatado, que atingiu um ou mais particulares, e não é justo que esse pequeno grupo prejudicado sofra isoladamente, sem repartição social, os danos que lhe tenham sido infligidos pela atividade estatal, cujo objetivo é o de incrementar melhorias a toda a sociedade. Seria clara violação ao princípio da igualdade fazer com que os particulares atingidos pela atuação estatal tivessem de suportar sozinhos os danos comprovados em sua esfera jurídica. Se a atividade estatal deve estar orientada à proteção de toda a sociedade, os danos episodicamente causados por essa atividade devem ser suportados também por toda a sociedade, daí que se justifica a responsabilidade civil por danos.

Todavia, no caso das astreintes, ainda não há dano – e não é disso o que se cogita. Resume-se a questão em saber qual a medida mais apropriada, em termos de coerção psicológica, para estimular o cumprimento da ordem. Assim, considerada a natureza inequivocamente profilática das medidas de coerção, o certo é que elas devem recair sobre a esfera jurídica do agente público que tenha dado causa ao descumprimento da ordem judicial, comprometendo-se exclusivamente o seu patrimônio pessoal caso insista

em descumprir uma determinação judicial específica, dolosamente, ou deixe de cumpri-la por pura negligência. Evidente que a imposição de qualquer constrição patrimonial deve ser precedida de intimação ao agente com prazo razoável para o seu cumprimento.

4.5 O inadimplemento do Poder Público e o uso do precatório como bem à penhora: uma medida em prol da efetividade do direito.

Se os bens da Fazenda Pública são inalienáveis e impenhoráveis, não estando sujeitos à constrição judicial em processo de execução, devendo o pagamento de dívidas judiciais ser feito pelo sistema de precatórios, torna-se relevante saber o que deve ocorrer na hipótese de o precatório judicial ser ignorado, caracterizando o inadimplemento da entidade devedora. E essa hipótese tem relevância porque é extremamente comum no nosso país atualmente.

A Constituição estabelece um prazo máximo para pagamento de precatório, dispondo o § 1.º do seu art. 100 que: “É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1.º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.”.

Então, se o precatório for apresentado até 1.º de julho de um ano, o pagamento deve ser feito até o final do ano seguinte, considerando que “exercício” corresponde ao período de um ano. Se o precatório for apresentado após 1.º de julho do ano “x”, a inclusão no orçamento deve ocorrer no ano seguinte (“x” + 1) e por isso o pagamento ocorrerá dois anos depois, até o final do ano “x” + 2. O cômputo, portanto, é aritmeticamente mensurável.

E se o Poder Público não inclui a verba no orçamento? Ou, mesmo incluindo a verba, o Poder Executivo simplesmente não efetua o repasse do montante necessário ao pagamento? Aí é que está o problema, salientando que, a princípio, tal comportamento representa uma afronta (i) ao jurisdicionado, que já foi lesado em seus direitos num

primeiro momento, tanto que teve de recorrer ao Poder Judiciário para receber o seu crédito; (ii) ao próprio Poder Judiciário, cujas decisões recebem o caráter de “faz-de-conta”, sendo solenemente ignoradas; (iii) à Constituição Federal, a quem os governantes e os parlamentares devem obediência e juraram servir.

Há mecanismos constitucionais de coibi-lo. O artigo 34, inciso V, letra “a”, da CF, estatui que “A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para reorganizar as finanças da unidade da Federação que suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior.” O inciso VI do mesmo artigo contempla como hipótese que enseja a intervenção quando ela for necessária para “prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial”. É possível, assim e em tese, decretar-se a intervenção federal ou estadual da entidade recalcitrante no inadimplemento.

Além disso, a lei 1.079/50 define como crime de responsabilidade do Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores e Secretários de Estado os atos “contra o cumprimento das decisões judiciais”. O art. 12, n.º 4, desta lei, estabelece que “São crimes de responsabilidade contra as decisões judiciais: impedir ou frustrar pagamento determinado por sentença judiciária.” Dependendo de quem seja a entidade devedora (União e Estados), seus dirigentes estarão sujeitos a crime de responsabilidade pelo inadimplemento voluntário e inescusável, o que reforça o sistema de coerção de garantia do crédito.

Ocorre que há situações nas quais, de fato, a inadimplência é inevitável, porque o pagamento das dívidas judiciais pode implicar a escassez de verbas essenciais para a realização de outros pagamentos tão fundamentais (e tão fundamentados) quanto os decorrentes de decisão judiciária. Imaginem-se o pagamento de salários e proventos de aposentadoria, cuja natureza alimentar é evidente; o pagamento de fornecedores de merenda escolar, materiais de escritório para o desempenho de atividades administrativas, materiais hospitalares, equipamentos para o corpo de segurança pública, etc. É claro que, se não houver o pagamento regular dos fornecedores, a tendência será que ninguém forneça

mais nada à Administração Pública e não é possível que ela, sujeita aos princípios constitucionais da legalidade e da moralidade, resolva tornar-se má pagadora. Por isso, se o orçamento é restrito diante da multiplicidade de obrigações sociais a que o Estado está legalmente submetido, não comportando atendê-las todas a um só tempo, será necessária uma ginástica administrativa, regada a muito bom senso, para tentar compatibilizar todos os interesses e reivindicações simultaneamente postos.

Assim, em situações excepcionalíssimas, devidamente individualizadas e comprovadas nos autos pela entidade devedora, deve-se admitir a caracterização de “força maior” como justificativa para o inadimplemento, naqueles casos em que o pagamento da dívida judiciária poderá implicar a falta de verbas essenciais para o provimento de direitos fundamentais da população, como a vida, saúde, alimentação, educação, e segurança, além dos salários e proventos de aposentadoria dos servidores ativos e inativos.

A questão já foi enfrentada no âmbito do STF, que vem entendendo inadmissível a intervenção federal se o inadimplemento decorre da manifesta impossibilidade do pagamento pela entidade devedora, seja pela inexistência de recursos, seja porque, mesmo havendo recursos disponíveis, o pagamento iria importar o sacrifício de direitos sociais caríssimos ao indivíduo ou à coletividade.

Nesse sentido, dentre muitas outras, o pedido de intervenção federal n.º 171-4 – São Paulo, Relator (vencido) o Min. Marco Aurélio, julgado em 26.03.2003:

“INTERVENÇÃO FEDERAL. 2. Precatórios judiciais. 3. Não configuração de atuação dolosa e deliberada do Estado de São Paulo com finalidade de não pagamento. 4. Estado sujeito a quadro de múltiplas obrigações de idêntica hierarquia. Necessidade de garantir eficácia a outras normas constitucionais, como, por exemplo, a continuidade de prestação de serviços públicos. 5. A intervenção, como medida extrema, deve atender à máxima da proporcionalidade. 6. Adoção da chamada relação de precedência condicionada de princípios constitucionais concorrentes. 7. Pedido de intervenção indeferido.”

Concordamos com tal entendimento, com a ressalva que deve ser feito um exame minucioso das circunstâncias do caso concreto para avaliar se o inadimplemento é

escusável ou não, vale dizer, se há razões concretas e devidamente minudenciadas (e provadas), pelo ente público devedor, que justifiquem o momentâneo inadimplemento da dívida, o que implicará desrespeito ao comando do art. 100 da Constituição Federal. Ou se, como certamente poderá ocorrer com a hodierna orientação do Supremo Tribunal Federal, as alegações formuladas são feitas apenas no sentido de protelar, até o máximo possível, o pagamento da dívida, arrastando o problema aos governos vindouros. Se for esse o caso, o Poder Judiciário não deverá poupar esforços e medidas de coerção para respeitar o direito de crédito do particular, sob pena de rebaixar-se a segundo plano o Estado Democrático de Direito.

Na mesma linha de não intervenção frente ao Poder Executivo, o S.T.F. vem decidindo que a única hipótese de seqüestro judicial de dinheiro público constitucionalmente permitida é a de inversão da ordem cronológica dos precatórios, não sendo legítimo o uso dessa medida em outras hipóteses, como por exemplo se a entidade devedora deixar de incluir em seu orçamento as verbas necessárias para o pagamento dos seus precatórios pendentes. Essa orientação foi fixada no julgamento de mérito da ADI 1662-SP, Rel. Min. Maurício Correa, DJ de 19/09/2003⁴¹⁷.

Neste ponto discordamos, não da decisão em si, mas sim do seu fundamento. Quanto à decisão, admitir o seqüestro sempre pode ocasionar um desfalque em caixa da pessoa jurídica de direito público que gere a impossibilidade do atendimento de outros direitos fundamentais sociais. Quanto ao fundamento da decisão, todavia, se a intervenção federal é medida marcada pela nota da excepcionalidade, sendo pautada pelo princípio da proporcionalidade, ela deve ser evitada se houver outros meios menos drásticos de resolver

⁴¹⁷ Nesta ação impugnava-se a instrução normativa n.º 11/1997 do Tribunal Superior do Trabalho, cujo artigo item III dispunha: “O não cumprimento da ordem judicial relativa a inclusão, no respectivo orçamento, pela pessoa jurídica de direito público condenada, de verba necessária ao pagamento de débito constante de precatório regularmente apresentado até 1.º de julho, importará na preterição de que tratam os §§ 1.º e 2.º do art. 100 da Constituição da República e autorizará o Presidente do Tribunal Regional do Trabalho, a requerimento do credor, expedir, após ouvido o Ministério Público, ordem de seqüestro nos limites do valor requisitado.” Esse dispositivo foi considerado inconstitucional, constando da ementa do acórdão o seguinte: “Inconstitucionalidade dos itens III e XII do ato impugnado, que equiparam a não-inclusão no orçamento da verba necessária à satisfação de precatórios judiciais e o pagamento a menor, sem a devida atualização ou fora do prazo legal, à preterição do direito de precedência, dado que somente no caso de inobservância da ordem cronológica de apresentação do ofício requisitório é possível a decretação do seqüestro, após a oitiva do Ministério Público.”

o problema em questão. Ora, se o Poder Judiciário pode resolver o problema do inadimplemento inescusável do ente público pelo seqüestro das verbas necessárias ao pagamento do credor, não tem sentido decretar-se a intervenção federal, porque a sua manifesta violência impõe seja reservada para casos em que não haja outra medida capaz de sanar o problema a que viria resolver.

Dessa forma, em síntese conclusiva deste ponto, entendemos que a falta de explicação convincente e devidamente comprovada para o não pagamento do precatório dentro do prazo constitucionalmente estabelecido pode ensejar o seqüestro de verbas públicas, como medida alternativa à drástica permissão constitucional de intervenção no ente federativo.

Outra medida que pode garantir a efetividade da condenação imposta à Fazenda Pública está na possibilidade do credor se valer do precatório como um bem para a satisfação das suas dívidas fiscais, ou então ceder o crédito tributário a quem se disponha a adquiri-lo com deságio, permitindo-se ao cessionário a compensação das suas dívidas fiscais com tais precatórios. Essa medida é interessante dentro do atual panorama da jurisprudência brasileira, que é o seguinte: a intervenção sistematicamente rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal como medida cabível e o seqüestro de verbas também inadmissível, porque seria cabível apenas em caso de preterição da ordem de pagamento dos precatórios.

Historicamente, o direito tributário sempre impôs profundas restrições à compensação de créditos tributários, marcando-lhe pela nota de excepcionalidade, a depender de expressa lei autorizativa. A propósito, o Código Tributário Nacional dispõe, no seu art. 170, que “A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública”. O reconhecimento dessa possibilidade, como direito do contribuinte, nunca foi fácil.

Uma análise da evolução legislativa sobre a compensação tributária, que aqui não se fará por extrapolar os limites de objeto desse trabalho, faz concluir que há uma tendência de se permitir uma ampla compensação entre créditos tributários com débitos fazendários. Contudo, a liberdade absoluta para a compensação é ainda (e não passa de) uma tendência, subsistindo restrições normativas, como a necessidade de que os tributos a se compensarem sejam submetidos à arrecadação da Secretaria da Receita Federal, excluindo-se a compensação por créditos do sujeito passivo que: (a) não sejam referentes a tributos; (b) não sejam arrecadados pela Secretaria da Receita Federal⁴¹⁸.

Todavia, a despeito de todas as limitações impostas pelo direito material à compensação, o STJ vem admitindo que os precatórios, desde que amparados por sentença transitada em julgado, sejam usados para fins de nomeação de bem à penhora⁴¹⁹.

⁴¹⁸ Um longo quadro da evolução legislativa é retratado pelo STJ nos Embargos de Divergência em REsp nº 488.992 – Mg, DJ de 07.06.2004, com minucioso voto do Relator, Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI. Após anotar que “a compensação, em matéria tributária, não é modalidade comum de extinção do crédito, mas modalidade especial, cuja instituição depende de lei, que fixará os critérios e condições em que ela poderá ocorrer”, faz-se uma sinopse das leis que regem a compensação tributária: “(a) até 30.12.91, não havia, em nosso sistema jurídico, a figura da compensação tributária; (b) de 30.12.91 a 27.12.96, havia autorização legal apenas para a compensação entre tributos da mesma espécie, nos termos do art. 66 da Lei 8.383/91; (c) de 27.12.96 a 30.12.02, era possível a compensação entre valores decorrentes de tributos distintos, desde que todos fossem administrados pela Secretaria da Receita Federal e que esse órgão, a requerimento do contribuinte, autorizasse previamente a compensação, consoante o estabelecido no art. 74 da Lei 9.430/96; (d) a partir de 30.12.02, com a nova redação do art. 74 da Lei 9.430/96, dada pela Lei 10.637/02, foi autorizada, para os tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, a compensação de iniciativa do contribuinte, mediante entrega de declaração contendo as informações sobre os créditos e débitos utilizados, cujo efeito é o de extinguir o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação; (e) as limitações percentuais trazidas pelo art. 89 da Lei 8.212/91, por expressa determinação do dispositivo, aplicam-se tão-somente às contribuições recolhidas ao INSS. É de se ressaltar que as inovações legislativas do art. 74 da Lei 9.430/96, em suas sucessivas redações, restringem-se aos tributos arrecadados pela Secretaria da Receita Federal, por expressa disposição desses preceitos. No que diz respeito às contribuições recolhidas ao INSS, portanto, segue vigente a sistemática do art. 66 da Lei 8.383/91 - aplicável a tributos pagos tanto à Receita Federal quanto ao INSS (caput) -, acrescida apenas da fixação de limites percentuais para a compensação, em cada competência, pelo art. 89 da Lei 8.212/91, alterado pelas Leis 9.032 e 9.129, ambas de 1995”

⁴¹⁹ A propósito, veja-se o agravo regimental no agravo de instrumento n.º 679.691 – RJ, Rel. Min. José Delgado, DJ de 26.09.2005: “2. O acórdão a quo indeferiu nomeação à penhora de créditos decorrentes de precatórios, visto que não transitada em julgada a ação decorrente do título judicial que daria suporte ao pleito. 3. É pacífico nesta Corte entendimento no sentido de que é admissível a penhora de direito de crédito para com a Fazenda Pública, decorrente de precatório judicial. 4. Todavia, este crédito, id est, advindo do precatório, deve estar devidamente constituído, líquido e certo, cuja decisão há de ter, obrigatoriamente, transitado em julgado, a fim de que, nos termos do art. 100, § 1º, da CF/88, seja apto a garantir o executivo fiscal. 5. Não pode haver, como no caso, expectativa de crédito (eventual, incerto e ilíquido), condicionado a situação futura e incerta (decisão judicial favorável transitada em julgado, ainda não ocorrida).”; e o REsp 757.303 –SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 26.09.2005: “Pacificada a jurisprudência da Primeira Seção e das Turmas de Direito Público quanto à possibilidade de penhora sobre crédito relativo a precatório

E isso permite, bem analisada a situação, que o credor da Fazenda acabe fazendo uma compensação de créditos, ainda que só no momento em que estiver sendo executado por seus débitos fiscais. De qualquer modo, este acaba sendo o jeito mais eficiente de se receber um crédito contra a Fazenda Pública recalcitrante no pagamento das suas dívidas judiciais. Destarte, esta orientação jurisprudencial concretiza o princípio constitucional da eficiência no processo civil.

5. Conclusões deste capítulo

1. O princípio constitucional da eficiência aplica-se ao processo ou fase de execução tanto quanto ao processo ou fase de conhecimento, ou às medidas cautelares.
2. O princípio da eficiência impõe seja feita a preservação de procedimentos já realizados sempre que nenhum direito fundamental de qualquer das partes tenha sido lesado e se possa extrair algo de útil para o acerto, acautelamento ou efetivação prática de direitos.
3. Contraria o princípio da eficiência extinguir, por falta de interesse de agir, uma ação cognitiva de cobrança na qual o autor esteja munido de título executivo extrajudicial.
4. O instituto de fraude à execução tem íntima ligação com o princípio da eficiência em seus quatro aspectos e permite uma clara visualização das suas potencialidades de aplicação prática.

extraído contra a própria Fazenda Pública exequente (REsp 546.247/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ de 17.12.2004)” No mesmo sentido: RESP 388.602/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 06.09.2004; AGRESP 351.912/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 10/05/2004; AGA 524.141/SP, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 03/05/2004; EREsp 399.557/PR, Rel. Min. Franciulli Netto, 1ª Seção, DJ de 03.11.2003; AgRg no RESP 664.100/SP, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, DJ de 14.03.2005; AGA 551.386/RS, Rel. Min. Denise Arruda, 1ª Turma, DJ de 10.05.2004; RESP 365.095/ES, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Seção, DJ de 09.12.2003;

5. O princípio da eficiência é promovido no procedimento da fraude à execução pelo aspecto da celeridade por permitir a sua decretação imediata no bojo do processo de execução, em caráter incidental, atingindo inclusive o terceiro envolvido na alienação, com a inversão do contraditório e do ônus de provocar o Poder Judiciário para obtenção da tutela jurisdicional. Tal procedimento garante não apenas a rapidez, mas também a *efetividade* na satisfação do direito de crédito em via de execução. Legitima-se, com isso, a aplicação de uma *tutela de evidência*, que permite o pronto e eficaz combate do sistema a situações de gritante ilegalidade, invertendo o ônus temporal do processo.

6. A configuração legal original da fraude à execução foi alterada pela jurisprudência para adequação do instituto ao aspecto de segurança jurídica do princípio da eficiência, de modo a proteger o terceiro de boa-fé.

7. O princípio da eficiência impõe a promoção de previsibilidade no comportamento social, mas não se deve tutelar quem tem condições razoáveis de se proteger de uma situação de eventual dano. Por isso, na fraude à execução de bem imóvel, impõe-se uma revisão na jurisprudência majoritária do STJ para proteger-se não só o terceiro de boa-fé, assim presumido pela ausência de registro da penhora na matrícula de imóvel, que também o terceiro minimamente diligente, que tenha solicitado certidões de distribuição de ações pessoais em face dos alienantes, tanto da comarca de residência destes como da comarca em que está localizado o imóvel. Vale o mesmo raciocínio para bens móveis que tenham órgão ou entidade de registro específico, como os veículos.

8. A fim de aprimorar a fraude à execução, deixa-se a sugestão ao CNJ para que procure reunir num único banco de dados todas as informações sobre distribuição de feitos no Brasil inteiro, permitindo a consulta de qualquer interessado pela Internet a partir do número de inscrição no CPF/MF ou no CNPJ/MF da pessoa que possa ser réu.

9. A desconsideração da personalidade jurídica também é instituto diretamente ligado ao princípio da eficiência e que guarda semelhança com a fraude à execução, cabendo por isso efetuar um raciocínio analógico entre ambos;

10. Há que se ter redobrada cautela na aplicação da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica. Isso exige que se estabeleça um vínculo superior ao simples fato de ser sócio ou acionista, com a assunção efetiva ou potencial do risco sobre a atividade empresarial. Há que se ter algum poder de controle efetivo ou uma possibilidade concreta de influenciá-lo de modo relevante, ainda que, de fato, este poder não seja exercido.

11. O princípio da eficiência dá respaldo normativo a que a desconsideração da personalidade jurídica seja decretada incidentalmente no curso de um processo executivo, desde que haja elementos idôneos a autorizarem a medida, ou seja, desde que haja *justa causa*, consistente num robusto substrato probatório da presença dos seus requisitos legais. Aqui também se aplica uma tutela de evidência, com inversão do contraditório e da ampla defesa, que dependerão da provocação do terceiro interessado (a pessoa jurídica), cuja defesa se fará pela via dos embargos de terceiro. O sócio não tem interesse recursal contra essa decisão porque afeta o patrimônio de outrem.

12. É plausível a interpretação do art. 592, II, do CPC, no sentido de que a hipótese ali contida abrange a desconsideração da personalidade jurídica, figurando no tema da responsabilidade patrimonial. A sentença deve ser reputada como um fato jurídico que atinge terceiro.

13. Nada obsta que logo no processo de conhecimento os sócios/acionistas sejam postos diretamente no polo passivo da ação, pleiteando o autor a condenação da pessoa jurídica e a desconsideração da personalidade jurídica, para atingi-los. Nesse caso, eles não poderão valer-se de impugnação ou dos embargos de terceiro para atacar a decisão sobre a possibilidade de desconsideração da pessoa jurídica, uma vez que a condenação estará coberta pela coisa julgada e sua eficácia preclusiva.

14. Na teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, a única defesa possível do sócio/acionista será a inexistência dos pressupostos legais autorizadores da

aplicação da medida ou a negativa do seu envolvimento nos fatos, procurando afastar a autoria, sem prejuízo da sua possibilidade de atuar como assistente da pessoa jurídica.

15. Na aplicação da teoria maior da desconsideração *por culpa*, decorrente de fraude perpetrada *com omissão indevida* do sócio/acionista que tenha poder de gestão potencial ou efetivo na pessoa jurídica, bem como nos casos de aplicação da teoria menor da desconsideração, deve-se utilizar analogicamente do art. 55 do CPC para admitir uma defesa do mérito com âmbito cognitivo limitado, podendo o sócio/acionista apresentar provas novas ou alegações de fato ou de direito novas, que a pessoa jurídica, por dolo ou culpa, não se valeu. Não lhe será permitido apresentar os mesmos argumentos ou pleitear decisão diversa com base nas mesmas provas juntadas aos autos.

16. A desconsideração da personalidade jurídica pode recair sobre *sócios de fato*.

17. O princípio constitucional da eficiência impõe a execução provisória da Fazenda Pública, que deve ser processada até o momento imediatamente anterior à expedição do precatório, ou seja: pode-se liquidar o débito eventualmente ilíquido, citar a Fazenda Pública e fazer fluir seu prazo para opor embargos, processar e julgar os embargos eventualmente opostos e deixar o processo de execução num ponto em que, confirmada a decisão no processo de conhecimento pelo seu trânsito em julgado, com a negativa de provimento aos recursos sem efeito suspensivo, bastará expedir o precatório para pagamento. Critica-se a jurisprudência majoritariamente contrária do Superior Tribunal de Justiça, louvando-se o seu precedente firmado no julgamento do REsp 331.460 – SP, DJ 17/11/2003, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI.

18. É cabível a execução de parcela incontroversa em face da Fazenda Pública, como definitiva, enquanto se processam os embargos à execução pertinentes à parcela controvertida.

19. Nas execuções de obrigação de fazer e não fazer, não é cabível a cobrança de astreintes em face da Fazenda Pública, como tem admitido a jurisprudência. Todavia, deve-se admitir a imposição de multa diária em detrimento da autoridade pessoalmente responsável pela execução da ordem ou omissão das atividades estatais.

20. A falta de explicação convincente e devidamente comprovada para o não pagamento do precatório dentro do prazo constitucionalmente estabelecido pode ensejar o seqüestro de verbas públicas, como medida alternativa à drástica permissão constitucional de intervenção no ente federativo. A teoria da reserva do possível pode ser acolhida, porém exige exaustiva comprovação a cargo do ente público.

21. Deve-se admitir a livre cessão de precatórios, bem como a sua compensação, pelo contribuinte, com créditos tributários do mesmo ente público devedor, desde que ultrapassado o prazo constitucionalmente estabelecido para pagamento da dívida.

CAPÍTULO V

O princípio da eficiência e a coisa julgada

1. O princípio da eficiência, a coisa julgada e sua eficácia preclusiva

Neste capítulo vamos estudar como o princípio da eficiência pode trazer luzes para consolidar a estabilização das decisões judiciais, promovendo o aspecto de segurança jurídica no processo pela necessária ampliação do instituto da coisa julgada e pela compreensão da sua eficácia preclusiva.

1.1 A estabilização das decisões sobre a verdade dos fatos e as questões prejudiciais

Nos termos do artigo 469 do CPC: “Não fazem coisa julgada: I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III – a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo.”

Na linha deste preceito, vejamos o que pode acontecer: uma pessoa move ação de condenação em alimentos contra o suposto pai, o juiz considera provada a paternidade e condena o réu ao pagamento. Havia uma questão prejudicial consistente em saber se o réu era mesmo o pai do autor e foi decidida, mas a decisão não terá a força de coisa julgada. Depois o réu poderá ingressar com uma demanda negatória da paternidade, que poderia ser julgada procedente. Daí o absurdo: uma decisão que condena o réu a pagar alimentos em virtude da paternidade, reconhecida como fundamento da sentença, e outra decisão que reconhece inexistente o vínculo de filiação entre as mesmas partes⁴²⁰.

⁴²⁰ O risco dessa específica situação acontecer na época atual é mínimo, devido ao avanço da tecnologia que permitiu o exame de DNA. Contudo, a realidade era outra até há pouco tempo atrás, quando esse exame não existia. Hoje em dia, apesar do exame de DNA, discute-se se a paternidade sócio-afetiva pode ser quebrada pela constatação de não paternidade biológica, bem como se os prazos prescricionais previstos na lei civil são ou não constitucionais, em virtude da dignidade da pessoa humana. Essas discussões, contudo, refogem ao âmbito do processo civil.

Outra situação: uma pessoa segurada de plano de assistência à saúde pede a condenação da seguradora por despesas de fisioterapia realizadas em UTI (unidade de terapia intensiva), não cobertas pela existência de cláusula contratual que limita o número de sessões ao ano. Ação julgada procedente, a condenação é imposta e o pagamento efetuado. Depois o segurado precisa novamente de fisioterapias em número superior ao limite da cláusula contratual, a seguradora nega novamente o pedido de cobertura. Desta vez, contudo, o segurado não tem como arcar com o pagamento do tratamento fisioterápico para pleitear a restituição do indébito *a posteriori*. Assim, ingressa em juízo com demanda pedindo a declaração de nulidade da cláusula contratual limitativa, bem como tutela antecipada para obrigar a seguradora ao imediato tratamento. O juiz da nova demanda, porém, entende de forma diversa, considera a cláusula válida e julga o pedido improcedente.

Terceira hipótese: uma pessoa tem seu nome inscrito em cadastro de proteção ao crédito; asseverando que a dívida não existe, move ação indenizatória em face da empresa responsável pela inscrição e tem seu pedido julgado procedente, sendo que o juiz toma esse fato como verdadeiro, reconhecendo, incidentalmente, a inexistência da dívida. Porém, mesmo assim, a empresa não retira a inscrição. Como o pedido fora limitado à condenação de indenizar, o dispositivo da sentença restringiu-se a tanto. Nova ação é proposta, desta vez pela empresa para cobrar pelo inadimplemento material do contrato respectivo, que o juiz da causa anterior considerou inexistente. O juiz da nova ação considera o contrato existente, reconhece o inadimplemento e julga procedente o pedido de cobrança.

Quarta hipótese: um professor de universidade pública, contratado pelo regime celetista, alega a ilegalidade da contratação nesses termos e pede a condenação da ré ao pagamento de todos os direitos inerentes ao servidor público estatutário, inexistentes no regime da CLT. A ação é julgada procedente e passa em julgado, reconhecendo o juiz estadual que a causa de pedir estava correta, ou seja, a contratação deveria ser pelo regime estatutário. Depois, o mesmo professor ingressa na Justiça do Trabalho pedindo a condenação da mesma ré ao pagamento das contribuições do FGTS, direito inerentes ao

regime da CLT e inexistente no sistema estatutário. Então, o juiz do trabalho, reputando equivocada a decisão sobre a questão prejudicial proferida na Justiça Estadual, aceita a causa de pedir, decide que a contratação devia mesmo ser feita pelo regime da CLT e condena a ré ao pagamento das aludidas contribuições. Unirá o melhor de duas realidades jurídicas incompatíveis entre si.

Nos quatro casos acima propostos, a aplicação do artigo 469 do CPC levou a decisões manifestamente contraditórias e, convenhamos, a um verdadeiro absurdo do ponto de vista sistemático. Não há dificuldade em visualizar uma situação de manifesta injustiça em cada um desses deles.

A doutrina nacional, amparada nesse dispositivo e também pelos artigos 5.º e 325 do CPC, defende que a contradição entre os julgados é teoricamente possível, sendo admitida pelo sistema, embora reconheça a dificuldade de aceitação disso pelo público leigo. Sustenta-se que a imutabilidade das questões prejudiciais só ocorrerá se as partes resolverem ampliar os limites objetivos da coisa julgada propondo uma ação declaratória incidental, ou, posteriormente, uma ação declaratória autônoma⁴²¹.

⁴²¹ A propósito as lições de Eduardo Arruda Alvim e João Batista Lopes, verbis: “Sabe-se que a coisa julgada material torna imutável o que tenha decidido, naquele e em qualquer outro processo. Todavia, essa característica de imutabilidade que é nota essencial da atividade jurisdicional, e a distingue da atividade administrativa, não atinge o que não tenha sido objeto de pedido, porque o juiz decide, apenas, aquilo que tenha sido objeto do pedido. Os motivos que terão levado o juiz a decidir, desta ou daquela forma, podem ser rediscutidos noutros processos, inclusive se esses motivos envolverem questões prejudiciais (art. 469, I, do CPC). A ação declaratória incidental tem a finalidade de fazer que sobre aquilo que o juiz decidir acerca desses ‘motivos’ não possa ser mais rediscutido. O juiz já iria, necessariamente, ter de pronunciar-se a respeito da questão prejudicial (que deve ser examinada em momento lógico antecedente ao mérito); porém, esse pronunciamento poderia vir a ser revisto noutro processo. Com a propositura da ação declaratória incidental, isto não mais pode ocorrer, ficando o pronunciamento do juiz, também quanto à questão prejudicial, revestido da autoridade da coisa julgada material (que assegura a imutabilidade do decidido, naquele e noutros processos).” (ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999; p. 483); ““No curso do procedimento, o juiz, com frequência, é chamado a resolver diversas questões (pontos controvertidos), de cuja solução depende o deslinde do mérito da causa. Tais questões, denominadas prejudiciais, porque constituem premissas necessárias da conclusão, são, normalmente, resolvidas incidentalmente (incidenter tantum), de tal modo que os efeitos do pronunciamento judicial respectivo não se projetam fora do processo, vale dizer, não se constitui a coisa julgada material. Assim, por exemplo, numa ação de despejo por falta de pagamento, o juiz terá, se houver controvérsia, de resolver sobre a própria existência da relação ex locato. Esse exame será, porém, incidenter tantum, isto é, nada impede que, em processo futuro, venha a ser, quanto à existência do contrato, proferida decisão conflitante com a anteriormente prolatada. Tal ocorre a teor do art. 469, III, do CPC, precisamente porque sobre tal

Esta linha de raciocínio é equivocada porque se apoia em lei inconstitucional⁴²². De fato, o leigo não compreende como é que um juiz pode ter julgado a causa de um jeito e outro juiz de modo completamente contrário, uma vez que ambos julgaram a mesma questão diante das mesmas partes e com base na mesma lei. Por sua vez, tudo o que se afasta demais da concepção de justiça do público leigo merece reservas, porque o sistema estatal de justiça (incluindo a lei, o Poder Judiciário e todos os que nele participam) existe para resolver problemas concretos do povo.

A contradição entre os julgados, propiciada pela redação do art. 469 do CPC, não se coaduna com o princípio da eficiência, seja por admitir que a mesma questão entre as mesmas partes seja submetida mais de uma vez ao crivo do Poder Judiciário, contribuindo para a elevação da carga de trabalho, seja por consentir que a mesma questão envolvendo as mesmas partes possa receber tratamento diferenciado pelo Poder Judiciário em duas oportunidades diversas, violando com isso o primado da segurança jurídica. A contradição escrachada de julgamento sobre o mesmo tema não é admitida pelo sistema jurídico dentro de uma perspectiva constitucional.

A este pensamento poder-se-ia objetar no sentido de que as partes da causa podem, se quiserem, ampliar os limites objetivos da coisa julgada pela propositura de demanda declaratória incidental (arts. 5.º e 325 do CPC), ou então, quando bem entenderem, uma ação declaratória autônoma.

provimento judicial não pesa a autoridade da coisa julgada. Em casos como o acima referido, o juiz, em verdade, não profere qualquer decisão, limitando a sua atividade ao conhecimento da questão suscitada incidentemente. Outro exemplo, repetido pela doutrina, é o do herdeiro que propõe ação de petição de herança. Se, na contestação, for impugnada a condição de herdeiro alegada pelo autor, o pronunciamento do juiz afirmando essa qualidade não obstará a que, em processo futuro, seja tal questão rediscutida, por isso que não ocorreu coisa julgada material. Daí por que deve ser censurada a redação do citado inciso III do art. 469, que impropriamente se refere a decisão de questão prejudicial, em lugar de conhecimento dela. Com efeito, a regra geral é de que as questões prejudiciais são apreciadas incidenter tantum, isto é, o juiz não chega propriamente a decidi-las, a julgá-las, porque elas não se inserem no petitum. (LOPES, João Batista. *Ação declaratória*. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002; p. 126/127.)

⁴²² Nossa discordância não é isoladamente com estes dois ilustres juristas, mas sim com toda a doutrina nacional. Eles foram citados expressamente apenas porque reproduzem claramente, de forma bastante didática, o pensamento da doutrina, que, por sua vez, está amparada em texto expreso de lei.

Todavia, esta possibilidade engendrada pela lei processual civil deixa à livre vontade das partes a solução definitiva de uma questão controvertida que já está posta *sub judice*, de sorte que a legislação processual, neste ponto como em outros, está excessivamente arraigada a uma concepção privatista do processo, conflitando com a moderna axiologia ativista da atividade jurisdicional, que reconhece a sua vinculação com o direito público.

Se uma questão já foi definitivamente resolvida entre as partes, se um fato já foi tomado como verdadeiro entre as partes, em processo judicial regularmente desenvolvido sob o crivo do contraditório, não podem as partes, por ato de simples vontade, decidir que aquela mesma questão terá de ser decidida novamente em eventuais processos futuros, porque excluída dos limites objetivos da coisa julgada, ou que aquele mesmo fato poderá ser novamente submetido à instrução judicial, sendo submetido a nova valoração quanto à sua existência.

Embora isso seja admitido pela lei processual civil pelos artigos 5.º e 325 do Código de Processo Civil, quanto à questão incidental, bem como pelo art. 469, quanto à verdade do fato reconhecida na decisão, esses dispositivos contrariam veementemente os valores que se encarnam no princípio constitucional da eficiência. Não se pode admitir que a mesma questão controvertida entre as mesmas partes seja objeto de múltiplos julgamentos, quiçá contraditórios entre si, apenas porque as partes não quiseram pedir a declaração incidental sobre a mesma. Foge do poder legítimo de disponibilidade das partes, consciente ou não, impedir um único e seguro julgamento sobre as questões submetidas a exame do Poder Judiciário.

1.2 A compatibilização entre os princípios da inércia e da demanda com o princípio da eficiência.

O princípio da demanda expressa a idéia de que o pedido formulado pela parte delimita o objeto do processo, fixando os limites da atuação jurisdicional. Ele é correlato ao princípio da inércia da jurisdição e repousa sobre dois fundamentos: a) o

primeiro é que, tratando o processo civil de interesses predominantemente privados e disponíveis, defere-se à parte interessada a escolha de pedir a proteção do Poder Judiciário ou não, o momento de fazê-lo, bem como a determinação do litígio e dos seus limites a ser objeto de exame e decisão. Se o processo versa sobre interesse privado de cunho disponível, não tem sentido o Estado promover a proteção dos interesses do particular contra a sua vontade. Se o Estado não pode impor ao particular a proteção dos seus interesses, também não poderá exigir que peça proteção além daquela explicitamente solicitada, razão pela qual deve o magistrado ater-se ao pedido formulado pelo autor; b) o segundo fundamento consiste em que, se o juiz pudesse determinar quando agir, sobre o quê e até que ponto decidir, suas determinações ficariam seriamente comprometidas com as suas próprias iniciativas pessoais, tomadas antes mesmo de obter um panorama probatório de todos os aspectos do litígio, agindo apenas de modo a corroborar suas concepções previamente concebidas. Assim, a inércia do juiz é uma garantia da sua imparcialidade de ambas as partes⁴²³.

Não há dúvida, assim, de que o princípio da inércia, com seu correlato princípio da demanda, encarnam valores relevantes ao sistema normativo. O problema é que a estrutura legal reflete um comprometimento com uma visão extremamente liberal e individualista do processo, exacerbando o poder da vontade individual em detrimento de

⁴²³ “Dois são os fundamentos mais essenciais para a outorga ao interessado do poder de iniciar a prestação jurisdicional e determinar o seu objeto. De um lado, tem-se a clássica concepção de que, por tratar o processo civil de interesses predominantemente privados, é razoável que se dê às partes a prioridade na escolha do momento em que a proteção ao interesse deve ser realizada, bem como a determinação do litígio que será examinado pelo Poder Judiciário. Afinal, se os interesses privados são, em princípio, disponíveis, disponível também deve ser sua forma de proteção. Como lembra Liebman, a respeito do tema, tomando-se por pressuposto que o objeto do processo apenas trate de interesses privados das partes, o princípio da demanda (e também o dispositivo) nada mais é decorrência do princípio geral que reserva à vontade das partes a disposição de suas relações jurídico privadas. Por outras palavras, o princípio da demanda, aplicável de regra ao processo civil, decorre naturalmente da essência dos direitos subjetivos sujeitos à atuação jurisdicional civil: tratando-se de direito disponível, fica a atuação estatal condicionada ao pedido formulado pela parte. E, se esta condição impõe-se como dever ao juiz, logicamente a atividade jurisdicional estará também limitada àquilo que fora pedido pela parte. (...) Por outro lado, o princípio em questão também tem a função de resguardar a imparcialidade do magistrado. Afinal, se tocasse ao juiz quando agir e em que medida e extensão decidir, abrir-se-ia grande flanco para que o juiz se apresentasse na causa como partidário de uma tese, esposando, já no início do processo um objetivo quanto ao litígio e uma opinião formada a seu respeito. Sob este ponto de vista, o princípio da demanda exerce um papel preponderantemente psicológico, tendente a separar as funções de pedir e de julgar. Procura-se, assim, evitar que o juiz que decidirá a controvérsia já inicie o processo de convencimento predisposto a acolher uma tese ou outra das apresentadas no feito.” (ARENHART, Sérgio Cruz. *Reflexões sobre o princípio da demanda*. In *Processo e Constituição*, estudos em

outros interesses socialmente relevantes para fomentar os elevados escopos da atividade jurisdicional. A percepção disso deu-se com a eclosão dos direitos difusos e coletivos, trazendo para o processo conflitos de massa – o que propiciou uma verdadeira revolução na concepção de vários dos seus institutos fundamentais –, evidenciando a ausência de mecanismos processuais que pudessem dar tutela a direitos que transbordavam a esfera de um único indivíduo⁴²⁴.

Luiz Guilherme Marinoni discorre sobre a influência marcante do espírito liberal e individualista na formatação dos institutos processuais. Quando trata da técnica de antecipação dos efeitos da tutela, encarece que ela não existia anteriormente por obra da cultura liberal da Revolução Francesa, que preservava excessivamente a liberdade das partes, evitando ao máximo a imposição de medidas coercitivas pelo magistrado que pudessem interferir na vontade dos agentes. Desconfiava-se do Estado, negando-lhe uma tutela de cunho preventivo. Qualquer violação a direito deveria ser revogada, apenas ao fim do processo, com a sua convalidação em perdas e danos, deixando intocada, a princípio, a livre vontade de fazer ou não fazer de qualquer pessoa⁴²⁵.

A ação declaratória incidental representa com fidelidade o comprometimento do sistema normativo com essa ideologia de exacerbação do princípio da demanda, que impregnou o Código de Processo de 1973. É isso o que explica uma questão já haver sido debatida e discutida pelas partes em livre contraditório, decidida pelo Poder Judiciário e mesmo assim poder ser revista em outros processos, apenas porque não houve a vontade das partes em submetê-la aos limites objetivos da coisa julgada, só porque se omitiram, voluntariamente ou não, na propositura de ação declaratória incidental.

homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, coord. São Paulo: RT, 2006; pp. 587-588.)

⁴²⁴ Nas palavras de Mauro Cappelletti e Bryant Garth: “A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre as mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares.” (CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988; p. 49/50.)

⁴²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004; passim.

Se observarmos os dois fundamentos inerentes aos princípios da inércia e da demanda, quais sejam, preservar a autonomia da vontade das partes em submeter o litígio ao exame e decisão do Estado, talhando os seus limites, bem como garantir a imparcialidade do julgador, nenhum deles restaria violado com a supressão da ação declaratória incidental e a atribuição de coisa julgada à decisão das questões prejudiciais e da verdade dos fatos.

As questões prejudiciais, os fatos controvertidos que o juiz considera ocorridos ou não, isso faz parte do litígio entre as partes e já foi submetido ao Poder Judiciário com a demanda principal. Quer dizer, o juiz necessariamente terá de decidir tais questões de fato ou de direito, com a única diferença de que sobre elas não recai, indevidamente, a força e autoridade da *res judicata*.

A supressão da ação declaratória incidental não instigaria o juiz a agir de ofício porque ele teria de decidir sobre tais pontos de qualquer forma, de sorte que se afasta qualquer objeção quanto à sua perda de imparcialidade. Além disso, sua supressão não ampliaria os limites do litígio em si, porque com ela não se traz fatos novos nem se cogita de providências outras além das requeridas pelo pedido, mas apenas se atribui a qualidade de coisa julgada a tais decisões que necessariamente seriam proferidas.

Não se trata, portanto, de o Estado se imiscuir em litígio, ou parte dele, que as partes não quiseram submeter ao seu crivo; o Estado necessariamente terá de analisar e decidir essa parte do litígio, concernente às questões de fato e de direito que constituem a premissa sobre a qual a decisão final dependerá. Trata-se, apenas, de atribuir uma qualidade a tais decisões: dar-lhe a autoridade de coisa julgada⁴²⁶.

⁴²⁶ “A ação declaratória incidental é, pois, a *ação* (e não mero incidente processual) proposta pelo autor ou pelo réu, em processo pendente, visando à ampliação do âmbito da coisa julgada material. Por outras palavras, a finalidade da ação declaratória incidental é estender a autoridade da coisa julgada também às questões prejudiciais, que, de outra forma, seriam apreciadas *incidenter tantum*.” (LOPES, João Guimarães. *Ação declaratória*. 5. ed. São Paulo: RT, 2002; pp. 127-128). O mesmo autor, todavia, censura a redação do inciso III do art. 469 do CPC, sustentando que esse dispositivo “impropriamente se refere a decisão da questão prejudicial, em lugar de *conhecimento* dela. Com efeito, a regra geral é de que as questões prejudiciais são apreciadas *incidenter tantum*, isto é, o juiz não chega propriamente a decidi-las, a julgá-las, porque elas não se inserem no pedido.” (idem, p. 127). Discordamos: há decisão sim, há julgamento sim das questões prejudiciais; o que não há é simplesmente a atribuição de coisa julgada a tais decisões. Não é correto dizer

Os valores que justificam os princípios da inércia e da demanda são caros ao sistema e devem ser preservados. O individualismo deve ser preservado, tanto na decisão da parte em submeter o litígio ao Estado, como também em submeter apenas parte desse litígio. O particular deve decidir se em que medida exporá fatos da sua vida, ou submeterá suas relações jurídicas a exame judicial. Não tem sentido o Estado se imiscuir em litígio que o próprio interessado, titular do direito material violado, não buscou a sua proteção⁴²⁷.

Todavia, se os particulares submeteram o litígio ao Poder Judiciário, travando uma discussão sobre a existência de certos fatos, ou o accertamento de questões jurídicas de direito, prejudiciais ao pedido principal, parece inconcebível que elas possam decidir sobre quais questões irá recair o peso da coisa julgada, podendo eternamente ressuscitá-las em novas e infindáveis batalhas judiciais. As partes podem decidir se vão submeter um litígio ao exame jurisdicional e em qual a parcela de fatos e relações jurídicas irão fazê-lo; contudo, não podem ter a disponibilidade sobre a estabilidade das decisões correspondentes, ainda que proferidas incidentalmente num processo.

que o juiz só “conhece” de tais questões, porque o juiz resolve um ponto de fato ou de direito controvertido entre as partes, ainda que em caráter incidental e prejudicial à decisão principal. Se a decisão se limitasse ao pedido, a única decisão possível seria a sentença e não haveria as decisões interlocutórias no processo civil.

⁴²⁷ Sobre o tema, Sérgio Cruz Arenhart assevera que só a proteção da imparcialidade justifica, hoje em dia, o princípio da demanda, sendo que a primeira razão, da natureza disponível dos direitos em conflitos, não é o bastante para a sua sustentação, diante do caráter publicístico do processo: “Quanto à primeira razão invocada – a disponibilidade dos direitos objeto do processo civil brasileiro – parece evidente que o motivo é insuficiente. Como é óbvio, o processo civil (especificamente o brasileiro) lida tanto com direitos disponíveis como com indisponíveis. Por outro lado, mesmo nos casos em que a lide versa exclusivamente sobre direitos disponíveis, não se deve esquecer o manifesto interesse do Estado (de cunho nitidamente indisponível) de aplicar o direito objetivo e manter a paz social. Nesse sentido, recorda Devis Echandía, também criticando esse suporte para o princípio da demanda, que a função do processo sempre será ‘ejecutar justicia e obtener una sentencia que se acomode a la verdad y al derecho e cuestión de interés social, cualquiera que sea la rama del derecho objetivo a que corresponda la cuestión que constituye el objeto del proceso: penal, civil, laboral, etc.’ Fosse, portanto, este o único fundamento para o princípio da demanda, forçoso seria concluir que ele não se sustenta no processo moderno, em que há clara prevalência do papel público desempenhado por este instrumento. (...) Resta, entretanto, o outro fundamento – indubitavelmente de maior peso – que sustenta o princípio da demanda, que é a busca na preservação da imparcialidade do juiz. Liebman, a propósito, considerando eventual possibilidade de ampliar os poderes do juiz, em detrimento da atividade das partes, concluir, em relação a esta última, que ‘restringerle il dominio, per accrescere invece i poteri inquisitori del giudice, significherebbe in sostanza attenuare la distinzione tra funzione giurisdizionale e funzione amministrativa ed introdurre nel processo una tendenza paternalistica che non merita alcun incoraggiamento.’ (ARENHART, Sérgio Cruz. *Reflexões sobre o princípio da demanda*. In Processo e Constituição, estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, coord. São Paulo: RT, 2006; pp. 598-599.)

A rigor, a supressão da ação declaratória incidental, com a consideração da inconstitucionalidade dos artigos 469, 5.º e 325 do CPC, não afeta a essência que justifica o princípio da demanda: permitir que as partes decidam submeter ou não um litígio ao Poder Judiciário, bem como fixar os seus limites, garantindo que não haja extrapolação de tais limites porque repercutiria negativamente na imparcialidade do julgador. Todavia, devido ao caráter eminentemente público do processo, não podem as partes controlar também o nível de segurança que desejam imprimir às decisões incidentais de mérito.

Desde que submetido o litígio ao Estado com as proporções dadas pelas partes, as decisões incidentes sobre questões de fato e de direito, entre as mesmas partes, devem merecer a força de coisa julgada, sob pena de se enfraquecer a harmonia e coerência que se espera do sistema estatal de tutela jurisdicional, cobrando-lhe refazer um trabalho já feito e debruçar sobre questões anteriormente apreciadas e decididas, apenas para atender aos caprichos e conveniências dos particulares.

Dessa forma, além do art. 469 do CPC, também são inconstitucionais, por arrastamento, as regras previstas nos artigos 5º e 325 do mesmo diploma, que estabelecem e regulam a ação declaratória incidental. Não se pode admitir, à luz dos valores de economicidade e segurança jurídica, como subprodutos do princípio constitucional da eficiência, revisão ou rediscussão das questões decididas incidentalmente no processo. A imutabilidade opera-se independente da vontade das partes, como decorrência natural do poder de império que marca a atividade jurisdicional do Estado.

1.3 Hipóteses do sistema brasileiro que dão força de coisa julgada à motivação

A técnica de conferir imutabilidade às questões prejudiciais, ou aos seus motivos determinantes, já existe no direito brasileiro.

Referimo-nos à decisão do juiz criminal sobre a inexistência do fato típico narrado na denúncia, bem como sobre a negativa da sua autoria pelo réu. A decisão que afirma categoricamente a inexistência do fato, que considera provada a sua inexistência, ou

devidamente comprovado que o réu não é o seu autor material, faz coisa julgada no cível, nos termos do art. 66 do Código de Processo Penal⁴²⁸. Além disso, se a decisão do juízo criminal afirmar categoricamente a existência do fato, ou sua autoria pelo réu, também não poderá mais ser discutida no cível, conforme art. 935 do Código Civil⁴²⁹.

Não haverá coisa julgada, todavia, se o juiz considerar que não há provas conclusivas quanto à existência ou inexistência do fato, caso em que deverá absolver o réu por falta de provas, diante do benefício da dúvida⁴³⁰.

Observe-se que a existência ou inexistência do fato faz parte da motivação da sentença e não do seu dispositivo. Este contém um comando, que será de absolvição ou de condenação. O dispositivo da decisão será: “condeno” ou “absolvo” fulano de tal, enquanto que a motivação adotada sobre a existência do fato ou sua autoria será necessariamente observada pelo juízo cível. É perfeitamente possível, outrossim, que o juiz considere na sua motivação que o fato existiu e foi mesmo praticado pelo réu, mas vai absolvê-lo porque não configura crime, à luz do direito aplicável. De qualquer modo, a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença, recebe a imutabilidade inerente à coisa julgada, desde que o pronunciamento judicial tenha sido conclusivo. E o legislador faz isso pela mesma necessidade de se evitar julgados contraditórios entre si, pondo em cheque a própria credibilidade do sistema estatal de justiça.

O princípio de independência entre as instâncias é mitigado. A razão que justifica essa solução legal está justamente na vontade do legislador de coibir julgados contraditórios entre si. Cabe salientar que, se o juiz reconhece provada a inexistência do fato, isso irá beneficiar o réu do processo penal e prejudicar a suposta vítima do fato, que, mesmo não tendo feito parte do processo penal, ficará sujeita aos efeitos da decisão no

⁴²⁸ CPP, Art. 66. “Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.”

⁴²⁹ CC, Art. 935. “A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.”

⁴³⁰ O ônus da prova no direito penal é da acusação. Se há dúvida quanto ao fato narrado na denúncia, o juiz deve absolver o réu, aplicando o antigo brocardo “*in dubio, pro reo*”.

cível. Nesse caso, a verdade dos fatos admitida na sentença vai fazer coisa julgada contra uma pessoa que sequer foi parte no processo⁴³¹.

Outra hipótese de extensão da coisa julgada às decisões incidentais contidas na motivação vem sendo debatida pelo Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de normas, pela teoria da “eficácia transcendente dos motivos determinantes”. No controle direto ou concentrado de normas, as decisões do STF têm eficácia *erga omnes*, conforme artigo 102, § 2.º, da CF⁴³². A teoria da eficácia transcendente dos motivos determinantes nada mais significa do que estender a eficácia da decisão aos seus motivos determinantes, ou seja, a eficácia *erga omnes* não se limita à parte dispositiva da decisão, mas também alcança os fundamentos que lhe serviram de alicerce⁴³³.

Essa teoria da transcendência dos motivos determinantes decorre de uma interpretação sistemática da Constituição Federal, reconhecendo a sua importância para a unidade do sistema. Sua aplicação leva ao mesmo resultado, em termos de decisão judicial,

⁴³¹ A vítima só ingressará no feito penal se quiser, mesmo assim sem a qualidade de parte, como assistente da acusação.

⁴³² CF, art. 102, § 2.º: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

⁴³³ Veja-se trecho da decisão proferida pelo Min. Celso de Mello na Rcl 2986/SE, publicada no DJ em 1803/2005: “O litígio jurídico-constitucional suscitado em sede de controle abstrato (ADI 2.868/PI), examinado na perspectiva do pleito ora formulado pelo Estado de Sergipe, parece introduzir a possibilidade de discussão, no âmbito deste processo reclamatório, do denominado efeito transcendente dos motivos determinantes da decisão declaratória de constitucionalidade proferida no julgamento plenário da já referida ADI 2.868/PI, Rel. p/ o acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA. Cabe registrar, neste ponto, por relevante, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no exame final da Rcl 1.987/DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORREIA, expressamente admitiu a possibilidade de reconhecer-se, em nosso sistema jurídico, a existência do fenômeno da “transcendência dos motivos que embasaram a decisão” proferida por esta Corte, em processo de fiscalização normativa abstrata, em ordem a proclamar que o efeito vinculante refere-se, também, à própria “ratio decidendi”, projetando-se, em consequência, para além da parte dispositiva do julgamento, “in abstracto”, de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade. Essa visão do fenômeno da transcendência parece refletir a preocupação que a doutrina vem externando a propósito dessa específica questão, consistente no reconhecimento de que a eficácia vinculante não só concerne à parte dispositiva, mas refere-se, também, aos próprios fundamentos determinantes do julgado que o Supremo Tribunal Federal venha a proferir em sede de controle abstrato, especialmente quando consubstanciar declaração de inconstitucionalidade. No mesmo sentido o Voto do Min. Celso de Mello na Recl. 5442 MC/PE, publicada no DJ em 06/09/2007: “Não questiono a afirmação de que se revela possível, para efeito de reclamação, invocar-se a teoria da transcendência dos motivos determinantes, em ordem a reconhecer – consoante já decidido por esta Corte (RTJ 193/513, Rel. Min. GILMAR MENDES – Rcl 1.987/DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – Rcl 2.986-MC/SE, Rel. Min. CELSO DE MELLO) – que o alcance da eficácia vinculante pode estender-se, para além

quando presentes num dispositivo legal as mesmas razões que inspiraram a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de outro dispositivo em pronunciamento anterior do Supremo Tribunal⁴³⁴.

Mais uma vez, o que animou a criação dessa teoria foi a estabilidade de decisões jurisdicionais sobre um mesmo tema, desta vez eminentemente de direito – uma vez que inserida no controle abstrato de normas, consagrando o valor de segurança jurídica e provendo com eficiência o sistema de controle constitucional da produção normativa.

A ampliação da coisa julgada, a concentração do contraditório e a reunião de demandas conexas é uma tendência irrefreável a um sistema que persegue maior estabilidade e uniformidade na produção de decisões jurisdicionais. Sob o ângulo subjetivo, já há quem sustente a conveniência de uma reforma legislativa no sentido de que problemas coletivos que envolvem múltiplas pessoas devem ser resolvidos numa única ação coletiva, vedando-se a possibilidade de se propor múltiplas ações individuais⁴³⁵. Kazuo Watanabe chega a defender isso de *lege lata*: sempre que houve incindibilidade do objeto, só a ação coletiva seria apta à resolução do problema, carecendo de adequação a ação individual⁴³⁶.

Observe-se que a tendência de conferir uniformidade e padronização aos entendimentos judiciais vem sendo cada vez mais enraizada, autorizando a violação da

da parte dispositiva do acórdão, também aos próprios fundamentos subjacentes à decisão emanada do Supremo Tribunal Federal”.

⁴³⁴ Registre-se, todavia, que não é pacífica no STF a possibilidade de utilização desta teoria.

⁴³⁵ Confira-se trecho de notícia a respeito do pensamento do Presidente da Comissão para reforma do Código de Processo Civil, recentemente instituída pelo Senado Federal, o Min. Luiz Fux do STJ: “Além da redução do número de recursos, a comissão pretende estabelecer como regra a coletivização dos litígios, colocando como exceção as ações individuais - uma forma de regulamentar as chamadas “class actions” americana. De acordo com o ministro Fux, para demandas de interesse coletivo — por exemplo, ações de dano ambiental e direitos do consumidor —, as pessoas envolvidas não poderão mais ajuizar ações individuais.” (Notícia do site www.conjur.com.br, veiculada em 16.10.2009, sob o título “Comissão quer um só recurso por instância”, acesso em 04.11.2009)

⁴³⁶ (WATANABE, Kazuo. *Relação entre demanda coletiva e demandas individuais*. In Direito Processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Ada Pellegrini Grinover, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe (coord.). São Paulo: Editora RT; pp. 156-160). Dessa forma, à guisa de exemplos, se uma pessoa moradora em conjunto habitacional sofresse com o barulho provocado por uma discoteca, só a ação coletiva poderia obrigar o poluidor sonoro a adequar seu empreendimento aos

própria coisa julgada quando a decisão proferida contrariar julgamento do STF sobre a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, nos termos do art. 475-L, II e § 1.º e art. 741, II e parágrafo único do CPC⁴³⁷.

Suprime-se a estabilidade conferida pela decisão apenas às partes em prol da estabilidade social ou coletiva que se espera dos pronunciamentos do Poder Judiciário. A justiça não pode cambiar conforme a posição dos sujeitos, o clima do tempo, o humor do juiz ou fatores congêneres. Claro que tudo isso faz parte do processo e sempre fará, dadas as idiossincrasias da nossa condição humana; todavia, sempre que se vislumbrar mecanismos de eliminação desses fatores subjetivos e aleatórios no julgamento das causas, tais mecanismos devem ser exercitados em prol da uniformidade, padronização e estabilidade social ou coletiva das decisões estatais, que passa necessariamente pela aplicação da mesma tese jurídica a todos quantos estejam sob a mesma situação fática.

1.4 A posição da doutrina nacional a propósito do artigo 469 do CPC

Giuseppe Chiovenda foi a grande influência para o tema dos limites objetivos da coisa julgada, inspirando a criação do art. 469 do CPC e de toda a doutrina nacional. Ele sustentava que a coisa julgada limita-se ao bem da vida disputado pelas partes. O juiz representa a vontade do Estado e essa vontade recai apenas sobre os bens objeto de disputa, não interessando à lei o raciocínio lógico desenvolvido pelo juiz para reconhecer a pertinência do bem disputado a qualquer das partes, nem mesmo eventuais equívocos no desenvolvimento desse raciocínio. Por isso, não se estende a autoridade da coisa julgada às questões prejudiciais, que só foram resolvidas para possibilitar o desenvolvimento do processo, como caminho a ser necessariamente percorrido para afirmar a vontade do Estado, esta sempre a recair sobre o bem postulado. Outrossim, o ordenamento jurídico não pode alterar os fatos tal como ocorreram, nem pretende fazer

padrões ambientais aceitos pelas autoridades administrativas. A síntese do pensamento deste autor já foi delineada no capítulo 1.

⁴³⁷ Estes dispositivos consideram inexigível o título judicial – ensejando o acolhimento de embargos – quando “fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas como incompatíveis com a Constituição Federal.”

isso, razão pela qual a verdade dos fatos estabelecida na sentença também não recebe a autoridade da coisa julgada⁴³⁸.

A maior parte da doutrina nacional, seguindo este entendimento, aplaudiu o disposto no art. 469 do CPC de 1973. Antes, o art. 287 do CPC de 1939 deixava aberto o entendimento de que a autoridade da coisa julgada abrangia as questões prejudiciais⁴³⁹.

⁴³⁸ “Para encerrar o estudo da ação, deve-se tratar da coisa julgada, porque também nos apresenta o processo considerado no resultado favorável a uma parte. O bem da vida que o autor deduziu em juízo (res in iudicium deducta) com a afirmação de que uma vontade concreta da lei o garante a seu favor ou nega ao réu, depois que o juiz o reconheceu ou desconheceu com a sentença de recebimento ou de rejeição da demanda, converte-se em coisa julgada (res iudicata). A res iudicata outra coisa não é para os romanos do que res in iudicium deducta depois que foi iudicata (supra, n.º 32): res iudicata dicitur quae finem controversarium pronuntiatione iudicis accipit, quod vel condensatione vel absolutione contigit (fr. 1 Dir. de re iud. 42,1). Podemos igualmente asseverar que a coisa julgada não é senão o bem julgado, o bem reconhecido ou desconhecido pelo juiz; e apenas substituímos a alternativa do texto romano (sentença de condenação ou de absolvição) pela alternativa mais abrangente (porque nela se compreendem também as sentenças declaratórias) de sentença de recebimento ou de rejeição.” (CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Editora Saraiva, 1969. 3. ed. Tradução da segunda edição italiana por J. Guimarães Menegale, vol. I, grifos no original; p. 369); “O raciocínio sobre fatos é obra da inteligência do juiz, necessária como meio para preparar a formulação da vontade da lei. Por vezes, como verificamos (nas provas legais), o juiz não pode sequer raciocinar sobre fatos (supra, n.º 32). O juiz, porém, não é somente um lógico, é um magistrado. Atingido o objetivo de dar formulação à vontade da lei, o elemento lógico perde, no processo, toda a importância. Os fatos permanecem o que eram, nem pretende o ordenamento jurídico que sejam considerados como verdadeiros aqueles que o juiz considera como base de sua decisão; antes, nem se preocupa em saber como se passaram as coisas, e se desinteressa completamente dos possíveis erros lógicos do juiz; mas limita-se a afirmar que a vontade da lei no caso concreto é aquilo que o juiz afirma ser a vontade da lei. O juiz, portanto, enquanto razoa, não representa o Estado; representa-o enquanto lhe afirma a vontade. A sentença é unicamente a afirmação ou negação da vontade do Estado que garanta a alguém um bem da vida no caso concreto; e só a isto se pode estender a autoridade do julgado; com a sentença só se consegue a certeza da existência de tal vontade e, pois, a incontestabilidade do bem reconhecido ou negado.” (idem, pp. 371-372); “A coisa julgada é a eficácia própria da sentença que acolhe ou rejeita a demanda, e consiste em que, pela suprema exigência da ordem e da segurança da vida social, a situação das partes fixada pelo juiz com respeito ao bem da vida (res), que foi objeto de contestação, não mais se pode, daí por diante, contestar; o autor que venceu, não mais pode ver-se perturbado no gozo daquele bem; o autor que perdeu, não lhe pode mais reclamar, ulteriormente, o gozo. A eficácia ou a autoridade da coisa julgada é, portanto, por definição, destinada a agir no futuro, co relação aos futuros processos. Pelo contrário, a solução adotada pelo juiz para as questões lógicas suscitadas no processo, concernentes a pontos processuais ou substanciais, de fato ou de direito, exatamente por ser preparatória da decisão de recebimento ou de rejeição, não tem a eficácia peculiar a esta última; tem, somente, eficácia mais restrita, imposta por exigências de ordem e de segurança no desenvolvimento do processo e pela necessidade de fixar o resultado do processo que consiste na preclusão da faculdade de renovar a mesma questão no mesmo processo. Desta premissa decorre estouta afirmação: que a resolução judicial das questões lógicas, longe de conduzir em si o selo da verdade eterna, não exclui a que a questão possa sempre se renovar em subseqüentes processos, toda vez que se possa fazer isso sem atentar contra a integridade da situação das partes fixada pelo juiz com respeito ao bem da vida controvertido. A mais importante aplicação dessas proposições refere-se às questões prejudiciais, de que trataremos mais de espaço no parágrafo seguinte. É sempre possível discutir livremente numa lide sucessiva as questões prejudiciais decididas numa anterior, a menos que, por disposição especial de lei ou por vontade das partes, a contestação surgida no processo precedente, sobre um ponto prejudicial, seja equiparada a uma ação declaratória (declaração incidental) caso em que nos defrontamos com uma demanda autônoma, concernente a um bem da

Cândido Rangel Dinamarco defende a norma do art. 469 do CPC. Primeiro a sintetiza, asseverando que “Somente o preceito contido na parte dispositiva das sentenças de mérito fica protegido pela autoridade da coisa julgada material, não os fundamentos em que ele se apóia.”⁴⁴⁰

Depois explica, com razão, que “na realidade, todos os três incisos referem-se à motivação da sentença, pois os dois últimos não passam de meras especificações do primeiro.” Todavia, ele sustenta que essa solução deveria ser adotada “ainda que nada dispusesse a lei de modo explícito”, justificando assim: “o confinamento da coisa julgada à parte dispositiva da sentença é inerente à própria natureza do instituto e à sua finalidade de evitar *conflitos práticos de julgados*, não meros conflitos teóricos (Liebman).”⁴⁴¹ Ele que conclui que a resolução desses conflitos práticos é que atende ao escopo pacificador da jurisdição, e que não se presta para fixar teses jurídicas, nem para a descoberta da verdade dos fatos⁴⁴².

vida diverso, isto é, a certeza sobre a relação prejudicial, com a consequência de que a sentença, desde que receba ou rejeite a demanda de declaração incidental, terá efeito de coisa julgada. (idem, pp. 374-375)

⁴³⁹ “Continuava majoritária, entretanto, a corrente que interpretava à letra o dispositivo em alusão [art. 287 do CPC de 1939], estendendo às ‘premissas necessárias’ a autoridade da coisa julgada e, portanto, à resolução das questões prejudiciais.” (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1976; p. 89).

⁴⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III. São Paulo: Editores Malheiros, 2001; 313.

⁴⁴¹ Ele exemplifica casos de conflitos práticos e um caso de conflito teórico: “Se uma sentença anunciasse a separação judicial de determinados cônjuges e outra declarasse que o autor não tem direito à separação, como ficariam eles: casados ou separados? Se uma sentença me condenasse a cumprir determinada cláusula contratual e outra declarasse que nada devo em virtude dela, qual seria a conduta a observar em cumprimento a elas: cumprir ou não cumprir? Tais conflitos seriam manifestamente práticos, porque capazes de causar incertezas na vida comum das pessoas. Mas dificuldades dessa ordem inexistem quando uma sentença declara que um réu não tem a obrigação de cumprir determinada cláusula, pelo fundamento de ser nulo todo o contrato, e outra o condena a cumprir *outra cláusula* do mesmo contrato, afirmando a validade deste – puro conflito teórico, que não impede o cumprimento prático de nenhuma dessas decisões. Os indesejáveis conflitos teóricos são evitados ou removidos mediante outras técnicas processuais, não pela coisa julgada.” (idem, p.313.)

⁴⁴² “Evitar conflitos práticos do julgado é o resultado que se coaduna com o escopo pacificador da própria jurisdição, a qual não se exerce para fixar teses jurídicas nem para a descoberta da verdade dos fatos como um objetivo em si próprio. O que importa é pacificar pessoas e eliminar seus conflitos mediante a definição de direitos, obrigações e comportamentos a adotar, sem deixar resíduos da insegurança jurídica que instabiliza relações (supra, nn. 48 ss, 952, 954 etc); a descoberta da verdade mediante a instrução e cognição realizadas no processo, é mero instrumento para a busca da justiça nas decisões.” (idem, p. 314)

Concordamos com a conclusão: a descoberta da verdade dos fatos ou a fixação de teses não é um objetivo em si próprio; só em caráter indireto ou mediato, como um caminho a ser trilhado para a prestação da tutela jurisdicional e da pacificação com justiça, é que se busca a verdade dos fatos e as decisões incidentais sobre relações jurídicas.

Todavia, não se pode negar que a existência desses conflitos “meramente teóricos” causa insatisfação e compreensão do jurisdicionado quanto ao funcionamento da Justiça, pondo-a em descrédito. Nenhum leigo entende como pode um juiz declarar um contrato nulo porque eivado de vício de legalidade insanável e outro juiz obrigar o contratante a pagar uma parcela do mesmo contrato, afastando a nulidade. A impressão que fica é que a sorte de a causa ser distribuída ao juiz “A ou “B” tem uma importância preponderante do que o próprio direito que as partes ostentam. Se a tônica do sistema for a sorte e não a razão, ou a lógica, ele perderá sua credibilidade e com isso a sua própria aptidão de resolver conflitos sociais com a almejada pacificação, num inconveniente desgaste de legitimidade.

Além disso, se o objetivo é pacificar com justiça, que isso seja feito com uma só decisão sobre a mesma questão de fato ou de direito. Essa única decisão pode ser a pacificadora; a decisão que resolve o conflito incidental numa ação, mas existente entre as partes, deve ser essa decisão, não se podendo aceitar que a mesma chama do litígio venha a se acender em outras oportunidades. A outorga da coisa julgada à verdade dos fatos estabelecida na sentença e às decisões das questões prejudiciais promove muito mais amplamente a pacificação com justiça do que a outorga de coisa julgada restrita ao comando dispositivo da decisão final.

Por outro lado, com a atribuição da autoridade de coisa julgada às questões prejudiciais de fato ou de direito, tanto os conflitos práticos como os “conflitos meramente teóricos” – cuja nefasta importância prática não se pode ignorar – deixam de existir. A estabilidade conferida a tais decisões diminui significativamente a contradição na prestação da tutela jurisdicional, além de evitar que o mesmo litígio, discutido incidentalmente num

processo, seja discutido em outro em caráter principal, como o próprio bem da vida postulado pelo autor e recusado pelo réu.

Cândido Dinamarco aduz que há outras técnicas processuais para remover os “indesejáveis conflitos teóricos”, sem as mencionar, “não pela coisa julgada”. Ora, a técnica capaz de evitar esses conflitos teóricos, que multiplicam o trabalho jurisdicional no enfrentamento da mesma questão entre as mesmas partes, que podem afetar a credibilidade do sistema estatal de prestação jurisdicional e minar a segurança que dele se espera, consiste justamente na utilização da ação declaratória incidental. Todavia, não se pode deixar ao exclusivo alvedrio das partes a estabilidade que se espera dos pronunciamentos judiciais que resolvem conflitos de interesses.

Outro árduo defensor da posição restritiva quanto aos limites objetivos da coisa julgada é Adroaldo Furtado Fabrício, em monografia sobre a ação declaratória incidental. Ele qualificou de “infeliz” o texto do art. 287 do CPC de 1939, que dava margem ao entendimento de que a coisa julgada abrange as questões decididas em caráter prejudicial. Sua tese segue fielmente a posição de Giuseppe Chiovenda e Francesco Menestrina: sustenta que a sentença é uma resposta ao pedido e se o juiz decidir além dele, sua decisão será *ultra* ou *extra petita*; a extensão da *res iudicata* não pode ser maior que a da *res iudicanda*; enquanto formula premissas, ainda que resolvendo questões, o juiz não ingressou no objeto do pedido⁴⁴³.

⁴⁴³ “De resto, é moeda corrente entre os estudiosos do processo que a sentença é a *resposta* do juiz aos *pedidos* das partes. Assim, os limites dos pedidos circunscrevem também a área a ser coberta pela manifestação judicial autoritativa. A extensão da *res iudicata* não pode ser maior que a da *res iudicanda*, delimitada pelos pedidos. Ora, é bem de ver que, enquanto formula as premissas, e mesmo quando tal formulação envolva resolução de questões que não foram objeto de pedidos, o juiz não ingressou ainda naquela área definida como objeto do *iudicium*. Se, no curso dessa exteriorização de seu labor racional, o juiz formula proposições que importam em reconhecer bens da vida a alguma das partes ou em denegá-los, está decidindo e não mais fundamentando; tal proposição, mesmo espacialmente deslocada, integra o *decisum*, e de duas uma: ou o ponto julgado heterotopicamente se compreende nos limites dos pedidos, e sobre ele se constitui a coisa julgada, ou não se contém nestes extremos, e houve decisão *ultra ou extra petita*. Pensando nessa eventualidade de sentenças tecnicamente mal formuladas, a dispersar ao longo da motivação fragmentos do dispositivo, é que se tem advertido: a assertiva de que a coisa julgada se limita objetivamente à conclusão não se refere apenas e necessariamente à “parte final” da sentença, posposta normalmente à fundamentação no sentido *espacial*, mas a todas as passagens que, com essa ou outra localização, tenham provido sobre

Essa posição, com a devida venia, procura mascarar a natureza do ato do juiz a respeito das questões incidentais. Dizer que ele “resolve” essas questões, para segregar tal ato da decisão, circunscrita ao pedido, é mero jogo de palavras usado para não reconhecer que o juiz decide sim as questões prejudiciais. Ainda que para decidir sobre o pedido, porque a sentença é mesmo resposta ao pedido, o juiz necessariamente *decide* as questões prejudiciais que se lhe apresentam. Tais questões, por isso, fazem parte da *res iudicanda*. Quando o juiz decide tais questões, não está a proferir decisão *ultra* ou *extra petita*, uma vez que só poderá decidir sobre o pedido se decidir as prejudiciais. Quando o juiz condena o réu ao pagamento de alimentos em favor do autor, decorrente da relação de parentesco, declara que o réu é pai do autor. É um caminho a ser necessariamente percorrido para dar a resposta ao pedido. Não há dúvida que o juiz decide isso e declara a paternidade.

Todo o problema não está na natureza do ato do juiz que “resolve” as questões prejudiciais, porque este ato é decisão. O problema está na conveniência, ou não, de se atribuir força de coisa julgada – sua autoridade – à decisão sobre a questão prejudicial. E é mesmo uma questão de conveniência, do que é melhor para o sistema jurídico. Seria perfeitamente possível não existir a autoridade da coisa julgada para nenhum aspecto da decisão, estendê-la para as questões de fato e de direito controvertidas, como entendemos mais conforme à Constituição, ou permanecer com a resposta dada pela lei ordinária, estampada no art. 469 do CPC⁴⁴⁴.

Insistimos, contudo, que a resposta legislativa prestigia excessivamente a vontade das partes, em detrimento do caráter publicístico do processo, da segurança que deve pairar sobre as decisões judiciais e da economia processual consistente em resolver

pedidos das partes.” (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1976; pp. 84-85).

⁴⁴⁴ O próprio Adroaldo Furtado Fabrício reconhece isso: “A *auctoritas rei iudicatae*, outrossim, responde precipuamente a uma necessidade prática, a um imperativo de conveniência social: é indispensável à estabilidade e segurança das relações que os conflitos de interesse cheguem a um termo definitivo. A justificação do instituto continua a assentar, como ao tempo dos romanos, em bases antes políticas e sociológicas do que propriamente jurídicas. Não é por outro motivo que, ainda hoje, entre as proposições numerosas e variadas tendentes a justificar no plano jurídico o instituto nenhuma logrou pacificar em torno de si a doutrina, ou sequer reuniu soma expressiva de opiniões convergentes. Nenhuma delas dispensa, outrossim, o socorro do embasamento sociológico, fracassando as tentativas que dele quiseram prescindir.” (idem, p. 84)

um litígio, ou um aspecto de um litígio, uma única vez. Obstrui, portanto, a veia axiológica que deflui do princípio constitucional da eficiência.

Quando as partes controvertem sobre uma questão prejudicial de fato ou de direito, há um conflito de interesses latente e já vertido sobre a apreciação judiciária. Se o réu nega a paternidade da ação de alimentos, há um conflito de interesses em torno dessa questão, sendo de todo conveniente que a decisão proferida neste processo, em caráter incidental, adquira a qualidade de imutável dada pela autoridade da coisa julgada.

1.5 A posição de Ronaldo Cunha Campos

Exceção que merece destaque está na posição de Ronaldo Cunha Campos. Ele criou uma engenhosa teoria que dá peculiar interpretação ao art. 469 do CPC; embora não concordemos com sua estrutura, desenvolve um raciocínio interessante e apresenta *conclusão* muito similar à desta tese.

Este autor diferencia fatos simples de fatos jurídicos, bem como os motivos das razões da decisão.

Fatos simples, no seu entendimento, são eventos cujo encadeamento leva à conclusão da ocorrência ou não de um fato jurídico. Assim, uma pessoa ser vista empunhando uma tocha perto de um prédio que sofre incêndio é um fato simples, enquanto o sinistro sofrido pelo prédio é o fato jurídico, que implica o dever de indenizar. O fato simples presta-se apenas a identificar o autor do incêndio, não sendo insubstituível nessa sua função; a autoria poderia decorrer da detenção do indivíduo, logo após o incêndio, saindo do prédio com os instrumentos necessários à provação do sinistro. Os fatos simples são substituíveis, já o fato jurídico é insubstituível, uma vez que sem ele não há responsabilidade civil⁴⁴⁵.

⁴⁴⁵ Outro exemplo que ele dá de fato simples seria o pagamento do IPTU relativo a um imóvel, indicativo da ocorrência de *animus domini*, elemento de convicção do juiz. O mesmo fato pode ser substituído pela contratação de uma empreiteira para melhorar ou amorfosar o imóvel. O fato jurídico, insubstituível porque sem ele não há usucapião, é a posse qualificada pelo lapso temporal previsto em lei. (CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Limites objetivos da coisa julgada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Aide, 1988; p. 85).

Os motivos, por sua vez, são as relações estabelecidas entre os fatos ocorridos na vida fenomênica (que ele chama de “fatos da lide”), na realidade concreta, com a representação desses fatos feita dentro do processo. O juiz não tem contato com os fatos como verdadeiramente ocorridos na realidade, mas sim com as suas representações no processo, com a construção desses fatos mediada pelas provas. A partir da instrução, o juiz irá considerar os fatos simples alegados pelas partes ocorridos ou não e deles vai inferir a ocorrência ou não dos fatos jurídicos, também contidos nas razões da pretensão ou da resistência. Assim, os motivos são as escolhas feitas pelo julgador entre os fatos simples, considerando-os ocorridos ou não, para relacioná-los com os fatos jurídicos. São estes elementos de convicção, substituíveis, para os quais não há necessidade de comunicar a autoridade própria da coisa julgada.

Já as razões da decisão constituem os fatos jurídicos, considerados ocorridos ou não, que integram a coisa julgada⁴⁴⁶. Ele entende que deve ser superada a dicotomia entre fato e direito, razões de fato e razões de direito; quando o juiz reconhece um fato jurídico como ocorrido, imediatamente já lhe outorga os efeitos que decorrem da lei⁴⁴⁷.

No seu entendimento, há duas cadeias de fatos a serem consideradas. Uma que opera no plano real, da lide vivida entre as partes; a outra no plano do processo. Neste plano, os fatos ocorridos na realidade são representados. Os motivos são as relações estabelecidas pelo juiz para eleger os fatos jurídicos alegados pelas partes, a partir dos fatos simples, sendo ambos representados no processo. Assim, os motivos são relações que se

⁴⁴⁶ “Consistindo as razões da decisão em fatos jurídicos, nelas encontraríamos os elementos necessários para a sua sustentação” (idem, p. 80)

⁴⁴⁷ “Se, na reivindicatória, o autor sustenta sua pretensão no domínio, o réu encontra na alegação de usucapião o amparo de sua resistência. Se a decisão acolher a pretensão, o fluxo dos fatos terá um determinado sentido, a recuperação do imóvel pelo proprietário. Se acolhida a contestação, os fatos evoluem de forma diversa: o réu adquire a propriedade e a situação se consolida. Dessa forma, a relevância atribuída pelo julgador a um ou outro fato determinará a sua decisão e por isto os fatos (alegados como existentes, Cap. 3, item 6) são razões da decisão. (...) Assim ao optar pelo fato jurídico contido em uma das razões [refere-se à pretensão ou à defesa] o julgador já procede à aplicação da lei. Se o julgador acolhe um dos fatos, e determina que o fluxo interrompido pela lide tenha seguimento nos termos da eficácia daquele fato, reconheceu a existência de direito que tornou o fato idôneo a produzir este efeito. Já examinamos que uma situação jurídica é causa de uma outra, efeito, se o direito lhe comunica esta idoneidade, isto é, diz ser ela apta a gerar o efeito. Consequentemente ao optar por um fato o julgador reconheceu-o jurídico, entendeu que nele se continha uma situação apta a produzir um efeito jurídico, e por isto reconheceu necessariamente a incidência do direito.” (idem, pp. 76-78).

estabelecem apenas internamente, dentro da cadeia de fatos própria do processo. Eles têm por função propiciar a escolha dos fatos jurídicos, quando há controvérsia sobre quais tenham ocorrido e por isso a sua eficácia se esgota no processo, não se integrando na cadeia de fatos fora do processo. Porém, uma vez feita a escolha de fatos jurídicos, ela será imediatamente relevante para a cadeia de fatos onde eclodiu a lide, pois da opção pelos fatos contidos em uma das razões dependerá o sentido da evolução desta cadeia⁴⁴⁸.

O juiz reconhece que um fato jurídico ocorreu no mundo fenomênico e a lei lhe atribui determinada eficácia, de modo que o fluxo normal dos acontecimentos impunha a eclosão desta eficácia. Às vezes, contudo, a força da lei não é suficiente para surtir essa eficácia; o julgado, assim, propicia a eficácia ao fato jurídico que a lei, por si só, não foi capaz de produzir, pelo comportamento espontâneo das partes envolvidas. Se a vitalidade da lei falhou, torna-se necessário substituí-la pela força do julgado. Isso explica porque a

⁴⁴⁸ “Distinguimos dois planos: uma cadeia de fatos onde eclodiu a lide e No processo os fatos são representados, não só os jurídicos como os simples, acentuava LOPES DA COSTA e o reafirma CALMON DE PASSOS. A função dos fatos simples é revelar as características dos jurídicos que sustentam a pretensão, ou a resistência. Entretanto, é necessário aferir-se as relações entre os fatos e suas representações no processo, bem como as relações entre os fatos simples e os jurídicos. É de se notar que estas últimas relações também se revelam pelas relações entre as suas representações. Os fatos como tal não estão contidos no processo, nele encontram-se suas representações. LOPES DA COSTA dá-nos os seguintes exemplos de fato jurídico e fato simples: alguém atear fogo a uma casa (fato jurídico); ser o incendiário visto, pouco antes do incêndio, empunhando uma tocha (fato simples). Todavia, nenhum deles, na sua realidade concreta está presente no processo. As testemunhas trazem suas representações, bem como a perícia pode reproduzir os resultados do incêndio. Tudo é, entretanto, reproduzido, mesmo porque, como lembra CAPOGRASSI, o processo é um presente e inúmeros fatos pertencem ao passado. Aferir a validade dessas representações é, no nosso entender, motivar. Verificar as características (aí se incluindo a própria existência) dos fatos jurídicos através dos simples é também motivar. As relações obtidas por esta atividade são os motivos. O julgador proferirá uma decisão elegendo os fatos jurídicos apresentados pelas partes em suas razões. Todavia, para proceder a esta opção, deverá guiar-se pelos motivos, pois não dispõe de contato direto com os fatos, somente dispõe de representações. Para usá-las deverá estabelecer as relações a que nos referimos. Se estes são os motivos, eles determinarão a sua opção. (...) Os motivos tem por função propiciar a escolha, e por isto têm eficácia no processo, não se integrando na cadeia de fatos fora do processo. Nesta última insere-se o julgado que aí tem eficácia. Só mediatamente os motivos são relevantes para os fatos da lide, sua eficácia se revela através da opção que determinaram. Esta escolha sim é imediatamente relevante para a cadeia de fatos onde eclodiu a lide, pois da opção pelos fatos contidos em uma das razões dependerá o sentido da evolução desta cadeia. Os motivos não integram a coisa julgada, pois, como se viu, sua eficácia se esgota na cadeia de fatos que forma a decisão, não chegam a integrar a cadeia de fatos onde se insere a lide. Pertencem propriamente ao plano da representação destes fatos e não ao plano onde eles evoluem. Por isto, se os fatos jurídicos são insubstituíveis, os motivos, ao contrário, o são.” (idem, pp. 83-85) (...) “Isto distingue os fatos que chamamos simples, dos jurídicos contidos na cadeia onde surgiu a lide. Estes últimos, os jurídicos, inseridos em um fluxo interrompido, necessitam da eficácia do julgado para que readquiram sua própria eficácia paralisada pela lide. Conseqüentemente tais fatos, da lide, como se mostrou, integram a coisa julgada, pois desta integração resulta a recuperação da eficácia destes fatos. Este fenômeno nos revela a função da autoridade da coisa julgada (idem, p. 93).

razão da decisão, que incorpora a (in)existência de fatos jurídicos jurídicos, deve adquirir as qualidades de imperatividade e imutabilidade: para que o fluxo normal dos fatos tenha seguimento, adquirindo existência jurídica o fato criado na sentença (resultante da decisão)⁴⁴⁹.

Esta engenhosa construção lhe permitiu sustentar que o art. 469, I, do CPC, quando alude a motivos, não se refere às razões da decisão, que são abrangidas pela coisa julgada porque integram a própria decisão e repercutem na cadeia de fatos da realidade. O art. 469, II, quando trata da verdade dos fatos, está se referindo ao acerto dos motivos, isto é, das relações tomadas pelo magistrado para inferir a ocorrência de fatos jurídicos a partir de fatos simples. Não importa se os fatos representados correspondem à realidade ou se o juiz acertou quando considerou ocorridos determinados fatos jurídicos; essa é a verdade dos fatos a que alude o art. 469, II, do CPC. Já os fatos jurídicos em si considerados fazem parte da decisão e recebem a autoridade da coisa julgada, conforme dispõem os art. 458, III e 468 do CPC⁴⁵⁰.

⁴⁴⁹ “Eclodindo a lide no fluxo dos fatos, a força da lei não é suficiente para que uma situação se transforme em outra, que é o seu efeito, ou eficácia. O fato jurídico está paralisado. A força atribuída pelo sistema legal ao título de domínio nem sempre é bastante para que seu titular obtenha a posse do bem. Verificada a resistência de um invasor é necessário o processo. O julgado comunicaria, assim, uma eficácia complementar ao fato, na acepção de que a lei, por si só, não foi suficiente para possibilitar o desenvolvimento de uma situação inicial em uma final por ela prevista, ou eficácia. Na eficácia complementar há retroatividade uma vez que à situação anterior comunica-se uma eficácia que não possuía. Isto explica porque a razão da decisão, que são fatos, deve necessariamente compreender-se na coisa julgada, adquirindo as qualidades de imperatividade e imutabilidade. As razões da decisão – os fatos – necessitam da força do julgado para adquirir a eficácia complementar, para que o fluxo dos fatos tenha seguimento, e adquira existência jurídica o fato criado na sentença (resultante da decisão). Se a vitalidade da lei falhou, como diz CAPOGRASSI, é necessário substituí-la pela força do julgado.” (idem, pp. 78-79)

⁴⁵⁰ “Já observamos que o fato, tal como existe na realidade, não pode ser levado ao processo. Neste o real é representado. Isto nos leva a entender que o termo verdade significa a fidelidade das representações dos fatos. O processo necessita de representar fatos, suas relações, para conhecer os fatos jurídicos inseridos na cadeia onde a lide se manifestou. Este esforço de representação pode ou não ser correto. Se correto teríamos a verdade dos fatos, a representação fiel. Ora, como já sustentado antes, este trabalho de representação esgota sua função no processo, e portanto tecnicamente não deve necessariamente ganhar a autoridade da coisa julgada, vez que não desenvolverá eficácia fora do processo. Desta forma entendemos que o termo verdade se refere à representação dos fatos e suas relações. Nesta altura poderia ser levantada a seguinte objeção: se a expressão verdade dos fatos não distingue espécies de fatos, por que não incluir no seu âmbito também os fatos jurídicos, afirmados como razão de decisão, pois estes também são representados. Entretanto não colhe objeção. O inciso em exame diz textualmente: a verdade dos fatos, *estabelecida como fundamento da sentença* (os grifos são nossos) [do autor]. A limitação contida no texto refere-se pois exclusivamente ao conteúdo dos efeitos da sentença, excluído pois seu dispositivo. Tratando-se de disposição que restringe não pode ela pois ser estendida, não atingindo portanto o dispositivo. Ora, os fatos jurídicos afirmados como razões da decisão são solução de questões e como tal pertencem ao dispositivo da sentença (CPC, 458, III), e consequentemente a estes fatos não se refere o inciso II do art. 469.” (idem, p. 95).

Quanto às questões prejudiciais referidas pelo art. 469, III, do CPC, ele entende que são apenas as que surjam após o processo. Ele afirma que a lide não é estática no tempo e que novos fatos lhe alteram. Quando o art. 470 do CPC trata das questões prejudiciais, estaria se referindo a questões supervenientes, para as quais há necessidade de propor a demanda incidental prevista nos arts. 5.º e 325 do CPC. Esta seria a utilidade no manejo da ação declaratória incidental. As questões que se afirmam como premissa das razões de decidir, por sua vez, já estão colhidas pela autoridade da coisa julgada⁴⁵¹.

Discordamos de vários pontos da obra de Ronaldo Cunha Campos, a começar pela própria compreensão da coisa julgada, quando ele diz que “tem por função comunicar a fatos jurídicos determinada eficácia onde a norma legal se revelou

⁴⁵¹ “Apesar de reconhecer a vinculação da questão prejudicial decidida e o comando contido no dispositivo da sentença, MENESTRINA assenta ser regra que a coisa julgada não se forma sobre as mesmas. Para que tal se dê é necessária a propositura de uma ação declaratória incidental. Na verdade não vemos sustentação científica para esta posição. Existente o vínculo de causalidade jurídica entre a questão e o comando, a autoridade da coisa julgada deve a ela estender-se. A eficácia do comando implica a eficácia dos fatos jurídicos onde este comando se assenta. Já desenvolvemos a demonstração de que o comando contido na sentença está inserido em uma cadeia de fatos jurídicos, onde a eficácia de uns é condição da eficácia de outros. Se o comando acolhe um pedido, reconhece eficazes os fatos jurídicos afirmados pelo autor. A lide havia paralisado esta eficácia; a sua solução a restabelece. Ora, a decisão das questões prejudiciais, exatamente porque referem-se a fatos contidos na cadeia cuja eficácia a sentença restabelece não pode ser excluída do âmbito da autoridade da coisa julgada. É o próprio MENESTRINA que, constatando o que denomina de prejudicialidade, revela a concatenação dos fatos jurídicos e demonstra que a eficácia de um é condição da eficácia do outro. Consequentemente, o restabelecimento da eficácia jurídica do fato subsequente implica o restabelecimento da eficácia do anterior condicionante. É imposição jurídica e não somente lógica.” (idem, pp. 106-107) (...) “A decisão sobre a matéria contida na prejudicial, como exame de questão já principal, é suscetível de integrar a coisa julgada, como questão decidida, nos termos dos artigos 468 e 458, III, do CPC” (p. 113) (...) “Assim, no nosso entender a questão prejudicial teria por suporte a modificação do estado de fato da lide após formado o processo, posteriormente à formulação das razões das partes e configuração das questões originárias. Só para o acerto das questões geradas por modificações posteriores à formação do processo seria necessária a declaração prejudicial.” (fl. 149) (...) “Convém, no momento, fixar duas proposições: a) questão prejudicial é gerada pela dúvida suscitada quanto à razão que traduza fatos jurídicos supervenientes à formação do processo, e de cuja solução dependa a composição da lide. LAURIA TUCCI, ao examinar o art. 462 do CPC, destaca a questão prejudicial gerada por fato superveniente. Entretanto afasta-se de nosso pensamento quando vê na superveniência apenas uma causa de prejudicialidade. Nós entendemos ser a superveniência o único suporte da questão prejudicial; b) Os fatos existentes quando da instauração do processo devem integrar necessariamente as razões das partes quando desta instauração. Destes fatos já existentes surgem as razões e conseqüentes questões originárias, cuja decisão, independentemente da propositura de medidas especiais, integrarão a coisa julgada, se tais decisões se ligam à integração da lide como suas razões. Estas últimas não reclamam declaração prejudicial. Por outro lado é indispensável assinalar que tais fatos, se existentes quando da instauração do processo, não podem dar origem à questão e à declaração prejudicial. Na verdade os fatos existentes quando da instauração do processo devem dar origem à razões originárias das partes, e conseqüentemente às questões originárias. Se à parte cabia o ônus de formular então razões que traduzissem os fatos já existentes, e não o fez, não poderá fazê-lo suscitando questões prejudiciais, através da alteração do pedido, ou da causa de pedir, modificando as razões

inoperante.⁴⁵²” Essa eficácia existe sim, mas não decorre da coisa julgada e sim do próprio julgado. Ainda que desprovida da autoridade da coisa julgada, a sentença faz eclodir uma eficácia no mundo dos fatos (sua eficácia natural, como fato jurídico que é), cujo objetivo seria a atuação da lei no caso concreto. Essa eficácia é do comando contido na sentença e não da coisa julgada. Concordamos com Liebman, que define coisa julgada como uma *qualidade* atribuída aos efeitos da sentença, provendo-a de imutabilidade, não se devendo confundi-la com os efeitos do julgado propriamente ditos. A coisa julgada não atribui eficácia nenhuma; ela apenas dota de imutabilidade as questões de mérito decididas.

Discordamos também da sua construção no sentido de que o comando contido na sentença insere-se na cadeia de fatos da realidade concreta, emprestando eficácia a um fato jurídico reconhecido como razão de decidir, eficácia esta paralisada pela lide, bem como que os fatos jurídicos reconhecidos pela sentença entram na sucessão causal dos eventos da lide. Sabe-se que a lide retratada no processo muitas vezes não guarda relação com toda a complexidade ou inteireza com a lide sociológica, sendo comum o reconhecimento de fatos não ocorridos na realidade.

A sentença é um fato jurídico apenas porque inova no mundo do direito, mas não pela eventual relação com fatos jurídicos pretéritos. Existe a possibilidade de o comando da sentença não ser cumprido pelos destinatários espontaneamente, caso em que sua efetivação dependerá de atos posteriores de execução, ou não ser cumprida pela falta de disponibilização do aparato coercitivo do Estado, ou sua insuficiência, como se tem verificado com decisões de reintegração de posse no campo envolvendo milhares de famílias. Estas hipóteses tornam evidente que a sentença é um fato jurídico, mas não tem relação necessária com os fatos da lide sociológica, nem depende de qualquer controvérsia

da contestação, ou propondo a declaratória prejudicial. Este o sentido do princípio da inalterabilidade do libelo (CPC, arts. 264 e 294) e da concentração da defesa (CPC, art. 303).” (p. 150).

⁴⁵² Idem, p. 87. Mais à frente ele afirma: “Visto que a coisa julgada material desenvolve sua eficácia além do processo, atingindo a sucessão de fatos que se desenrolam na vida social, para ordená-los, ela contém apenas os fatos cuja eficácia também deve se revelar além do processo. Logo, os fatos da lide, cuja eficácia jurídica foi reconhecida pelo julgado integram o mesmo, porque esta eficácia atuará além do processo. Entretanto, os fatos simples, cuja função é revelar os primeiros, e por isto sua eficácia se exaure no processo, não integram a coisa julgada, e não necessitam de sua autoridade para que cumpram a sua função.” (p. 93)

sobre fatos, como quando o juiz decide sobre aspectos de direito (ex.: interpretação de uma cláusula contratual), sem qualquer controvérsia quanto a qualquer fato⁴⁵³.

Parece-nos que há uma certa artificialidade de certas construções dogmáticas, talhadas para moldar um sistema no qual o autor confere interpretação bastante peculiar ao artigo 469 do CPC, desfigurando claramente o contido neste artigo de lei, como a diferença entre motivos e razões da decisão, fazendo com que estas integrem o dispositivo da decisão, ou o conceito de questão prejudicial limitado apenas às questões supervenientes⁴⁵⁴.

Concordamos, todavia, com a conclusão prática do raciocínio de Ronaldo Cunha Campos, quando estende a autoridade da coisa julgada para a questões prejudiciais, bem como para os fatos jurídicos pertinentes à razão da decisão, equipara-se à nossa visão de que essa perspectiva atende ao ideal de economia processual e de segurança jurídica, evitando o desgaste de que a mesma questão de fato ou de direito seja submetida mais de uma vez pelo aparato judiciário e ainda com a chance de ser resolvida de modo contrário, gerando contradição e perplexidade aos destinatários da prestação jurisdicional.

⁴⁵³ Ronaldo Campos aventa tais possibilidades ao discorrer que nem sempre o julgado atribui uma eficácia complementar à lei. Isso ocorre em duas situações: (i) ou porque o julgador pode interpretá-la equivocadamente, ou julgar contra a lei, de modo que a eficácia a ser comunicada pelo fato jurídico não decorrerá dela (a lei), mas do próprio julgado; (ii) ou, ainda, porque o juiz leva em conta os fatos segundo a representação que consta dos autos do processo, de modo que poderá considerar a existência fatos jurídicos não necessariamente ocorridos no mundo real, ou o contrário. Ele afirma que, mesmo nesses casos, há uma eficácia comunicada ao fato jurídico reconhecido na sentença, bem como uma eficácia decorrente do fato criado pela sentença (a sujeição ao Poder do Estado que proferiu comando em determinado sentido), defendendo que, embora discutível o caráter complementar da eficácia comunicada pelo julgado ao fato pretérito, ainda assim fica certo o caráter retroativo do julgado. Discordamos da sua posição, uma vez que tais possibilidades demonstram o caráter criativo da atividade jurisdicional, sua desvinculação com a cadeia de fatos da lide sociológica, bem como a possibilidade da sua inovação, tanto no plano dos fatos como no direito.

⁴⁵⁴ O próprio autor reconhece a especificidade da sua interpretação de questão prejudicial: “a denominação prejudicial contida no art. 470 não nos obriga a dar a este termo acepção extraída das doutrinas de CARNELUTTI, CHIOVENDA ou de qualquer outro (itens 3, 4 e 5, Cap. 1). Ao termo questão prejudicial devemos emprestar a acepção que torne mais útil o dispositivo onde se encontra inserido, visto que não há consenso doutrinário no tocante à conceituação de prejudicialidade. Logo, a questão prejudicial do art. 470 seria a guarda por modificação superveniente no estado de fato da lide, e cuja solução condiciona a sua composição; se realmente estamos convictos do acerto do método teleológico em hermenêutica não podemos nos prender à vontade do legislador, nem à sua inspiração doutrinária, porém buscar a interpretação que atenda às finalidades sociais da lei. Ora, estamos certos de que a posição assumida pode dotar o processo de um instrumento idôneo para atualizá-lo diante da lide. Ao contrário, se nos apegarmos a determinadas posições doutrinárias poderíamos, por respeito à tradição, desprezar a oportunidade de introduzir, em nosso processo, um mecanismo que o armasse de maior eficiência.” (idem, p. 160)

Retoma-se aqui a relação a necessária demarcação constitucional do princípio da demanda: considerando o caráter publicístico do processo, não há margem para que a extensão da coisa julgada fique ao livre alvedrio da vontade das partes⁴⁵⁵. As partes não podem ter o arbítrio de decidir se uma relação jurídica controvertida e já julgada receberá ou não a imunização pertinente à autoridade da *res judicata*, não só pela multiplicação do esforço estatal para prestar a jurisdição sobre questão já decidida, o que viola a economicidade, mas também porque a manutenção da decisão atende aos reclamos

⁴⁵⁵ Ronaldo Cunha Campos sintetiza a doutrina de Francesco Mestrina, célebre defensor da restrição da autoridade da coisa julgada ao pedido, para depois criticar essa posição; confira-se: “MENESTRINA expressamente reconhece que sem dúvida a extensão da autoridade da coisa julgada aos motivos impede a possibilidade de decisões contraditórias da mesma questão. A extensão da coisa julgada às questões prejudiciais preveniria futuras lides – ele o aceita. Entretanto não entende cabível esta extensão. Por que, perguntamos nós, se toda a sua tese revela ser a prejudicial indissociável do comando final? Rejeita a extensão sob o fundamento de que a sentença iria além do pedido do autor. Assim, raciocina o jurista: o demandante vem a juízo pedir um determinado bem, e somente na medida em que pediu é que o juiz pode decidir com força de coisa julgada. Ora, a prejudicial pode ser mais abrangente que o pedido formulado pelo autor, porque possivelmente envolva uma relação jurídica condicionante e de maior dimensão, relação jurídica esta que o demandante não quis colocar em jogo e nem desejou submeter-se ao risco de vê-la apreciada, pois seu pedido inicial era menos extenso. (...) Consequentemente toda argumentação de MENESTRINA tem seu fulcro assentado no princípio de que não é lícito, sem pedido do demandante, estender a autoridade da coisa julgada a uma decisão de âmbito maior que o pedido. Sustenta ainda MENESTRINA que se a controvérsia surgiu ela se deve à contestação da outra parte e não à vontade do autor. Ora, se a relação jurídica mais abrangente, e prejudicial, foi discutida não em virtude do pedido do demandante, que era menor, será julgar *extra petita* atribuir a autoridade de coisa julgada à decisão sobre a questão prejudicial. Assim, de regra, o pronunciamento do juiz sobre a questão prejudicial é mera *cognitio* sem força de decisão. Pronunciamento se fará por necessidade lógica de motivar a sentença e cumprirá nesta a sua função de mero argumento. Entretanto, se o autor o requerer, sob a forma de pedido de declaração incidental, o pronunciamento terá a autoridade de coisa julgada. Portanto, o critério é a vontade da parte: se houve pedido haverá coisa julgada, se este não se fizer teremos simples pronunciamento. Dissemos vontade da parte, e não do autor, porque o réu poderá pedir esta declaração sob a forma de reconvenção, hipótese em que teremos a coisa julgada. No entender de MENESTRINA a contestação que tornou controversa a relação jurídica, em outros termos, a defesa que gerou a questão é insuficiente para levar à decisão da mesma a autoridade da coisa julgada. MENESTRINA exige do réu que proponha reconvenção para que a decisão da prejudicial ganhe a autoridade da coisa julgada. Como devemos entender tal assertiva? Podemos explicitá-la aplicando ao réu o mesmo raciocínio feito quanto ao autor. Nos termos da doutrina desse jurista, à parte pode não convir que do exame da questão prejudicial resulte a autoridade da coisa julgada. O possível inconveniente manifestado quanto ao autor pode manifestar-se também quanto ao réu. Logo o demandado ataca a prejudicial porém é possível que não lhe convenha que o pronunciamento do juiz adquira a autoridade da coisa julgada. Por isto seria alargar abusivamente o campo da sentença se o juiz decidisse a prejudicial, dando-lhe autoridade de coisa julgada, sem que o réu formalmente o peça em reconvenção. A interpretação das teses de MENESTRINA leva-nos a esta dedução: se ao autor não interessa colocar em jogo a relação jurídica mais abrangente, este desinteresse pode manifestar-se também em relação ao réu. Temos, pois, a vontade das partes como critério determinante da amplitude da autoridade da coisa julgada. (...) **Entendemos que esta doutrina contraria o princípio publicístico do processo. Este não se faz no interesse das partes porém para atender ao interesse público na composição das lides. Ora, o interesse público é compor e prevenir lides com o menor desgaste do aparelho estatal, do poder judiciário. Se a extensão da autoridade da coisa julgada previne lides, evita a duplicação da atividade do poder judiciário, elimina o perigo de decisões contraditórias, razão alguma há para que não se estenda à decisão das questões prejudiciais a autoridade da coisa julgada.** (idem, pp. 108-110, grifos nossos).

da eficiência quanto à segurança jurídica, já que podem proporcionar estabilidade nas relações que envolvem as partes, evitando fiquem sujeitas aos humores e ao entendimento diverso de outros juizes que pudessem reapreciá-las.

1.6 A jurisprudência italiana sobre os limites objetivos da coisa julgada

A doutrina antiga do direito italiano traz a mesma lição da doutrina brasileira quanto aos limites objetivos da coisa julgada, ou seja, sua abrangência colhe apenas o dispositivo da sentença, excluindo qualquer questão decidida pelo juiz como premissa necessária à decisão conclusiva. Não há qualquer menção, todavia, ao porquê dessa opção de excluir as questões de fato ou de direito incidentais e prejudiciais⁴⁵⁶.

Todavia, a jurisprudência mais recente da Itália apartou-se desse entendimento, criando a figura da coisa julgada implícita (*giudicato implicito*), isto é, que abarca não apenas a parte dispositiva da sentença, mas também as questões de fato e de direito que, controvertidas e decididas, deram suporte à decisão, ou ainda, mesmo não controvertidas nem decididas, constituem sua premissa necessária e indefectível⁴⁵⁷.

Colhe-se de Humberto Theodoro Júnior:

“Na Itália, não por meio de reforma legislativa, mas por via de exegese jurisprudencial, vem sendo construída uma noção de coisa julgada material muito mais ampla que a admitida pela doutrina tradicional, ainda hoje largamente dominante, tanto no próprio direito italiano como no

⁴⁵⁶ Liebman discorre sobre a eficácia externa da sentença nos seguintes termos: “*Essa è limitata infatti al solo concreto provvedimento contenuto na sentenza, senza estenderzi alle questioni più o meno numerose esaminate e decise dal giudice, le quali hanno rappresentato il cammino logico da lui percorso, ma perdono ogni importanza dopo che è pervenuto alla sua conclusione, cioè alla decisione sulla domanda proposta nel processo. L’efficacia vincolante non si estende perciò ai motivi della sentenza, né all’acertamento dei fatti, né alle questioni pregiudiziali eventualmente esaminate, ma si concentra tutta sull’atto di tutela giuridica, cioè sulla statuizione contenuta nella sentenza e destinata a valere come disciplina del caso dedotto nel giudizio: in ogni caso, accertamento dell’esistenza o dell’inesistenza del diritto affermato dall’attore, oltre agli eventuali effetti executivi o costitutivi, se la sentenza è di condanna o costitutiva*”⁴⁵⁶. (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile: principi*. 6.ª ed. Milano: Giuffrè Editore, 2002; p. 259).

⁴⁵⁷ A doutrina italiana mais moderna já faz menção à coisa julgada implícita: “*Altre regola attinente ai limiti oggettivi è quella del giudicato implicito: il giudicato copre non solo la statuizione finale, ma anche, impedendone la riproposizione in giudizio, tutti i passaggi e gli antecedenti logici, che hanno portato alla decisione, anche se non esternati.*” (MAZZARELLA, Ferdinando e TESORIERE, Giovanni. *Corso di Diritto Processuale Civile*. 3.ª ed. Padova: Cedam, 2008; p. 173).

direito comparado. Virginia Petrella em estudo recente, que merece divulgação e abre oportunidade para repensar o instituto da coisa julgada sob a nova concepção constitucional da efetividade e presteza do moderno “processo justo”, faz uma resenha das decisões dos tribunais italianos, principalmente da Corte de Cassação, nos últimos vinte anos, que vêm revolucionando as dimensões do *objeto litigioso* sobre o qual deve recair a *coisa julgada*. A posição clássica, de que é exemplo o CPC brasileiro, identifica o objeto do processo com o pedido, de sorte que a sentença de mérito é aquela que acolhe ou rejeita o pedido do autor (CPC, art. 269). E, por conseguinte, a imutabilidade e indiscutibilidade que caracterizam a coisa julgada devem ser situadas não nos fundamentos da sentença, mas em seu dispositivo, pois é nele que se dá solução ao *pedido*, isto é, ao *objeto* do processo. (...) É contra essa orientação altamente restritiva do alcance da *coisa julgada material* que vem se rebelando, nos últimos anos, a Corte de Cassação italiana. Seu posicionamento lembra, de certa forma, o pensamento outrora defendido, entre nós, por Ronaldo Cunha Campos, ao interpretar os limites objetivos da *res judicata* como abrangentes da *causa petendi* nela incluídas as razões de fato e de direito identificadoras da situação jurídica composta e definida pela regra de mérito. A jurisprudência italiana, dessa maneira, procura identificar o *objeto* do processo não apenas no *petitum*, pois nele inclui também as razões de fato e de direito que sustentam o pedido, tal como outrora advogara o lembrado processualista brasileiro. Não seria, então a resposta ao pedido o único elemento decisório que se tornaria imutável e indiscutível entre as partes, por efeito da coisa julgada. Virginia Petrella cita vários arestos daquela alta Corte em que teria sido proclamado: “a autoridade da coisa julgada estende-se a todas as situações, ainda que implícitas, que constituam, para a decisão final, pontos necessariamente alcançados pelo arco lógico da decisão, representando o pressuposto indispensável da solução acolhida, inclusive as situações em torno de fato.” Esse posicionamento jurisprudencial, segundo a mesma autora, tem sido adotado em numerosos casos nos quais os processos guardam conexão com os anteriores, mesmo tendo uns e outros por objeto direitos distintos. Assim, por exemplo, tem sido decidido que: “Sempre que entre dois processos entre as mesmas partes tenham por objeto um mesmo negócio ou relação jurídica, e um deles tenha sido definido por sentença passada em julgado, o acerto já realizado em torno da situação jurídica a respeito da qual a resolução de uma questão de fato ou de direito tenha incidido sobre um ponto fundamental comum a ambas as causas e que haja constituído a premissa lógica da decisão contida no dispositivo da sentença passada em julgado, preclui o reexame do ponto definido e resolvido, ainda que o processo subsequente tenha finalidade diversa daquela que constituiu o escopo e o ‘petitum’ do primeiro”⁴⁵⁸.

⁴⁵⁸ (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Redimensionamento da coisa julgada* Disponível em <http://www.editoramagister.com/doutrina/ler.php?id=446>. Acesso em 17.08.2009). Segundo a nota de rodapé n.º 12, o estudo de Virginia Petrella mencionado é *Note problematiche sul giudicato in punto di fatto alla luce dei principi del giusto processo civile*. In: Studi in onore di Carmine Punzi. Torino: G. Giappichelli, 2008, v. I, p. 423-436. Ele ainda faz explícita menção no sentido de que esse posicionamento está mais afinado com a idéia de eficiência que deve permear o processo, verbis: “Diversamente do que, entre nós, está assentado na jurisprudência do STJ, para a Corte de Cassação italiana, transitam em julgado, com autonomia, tanto o *petitum* como a *causa petendi*. Ou seja: nessa ótica o fato jurídico causal não é mais visto como critério de interpretação do dispositivo da sentença, é também encarado como objeto do acerto definitivo operado com força de coisa julgada. Numa época em que a ordem constitucional do Estado Democrático de Direito transforma em garantia fundamental a efetividade de um processo de duração razoável e de estrutura voltada para a economia processual (CF, art. 5.º, XXXV e LXXVIII), a postura da jurisprudência italiana parece mais

Deve-se sublinhar que essa nova posição do sistema italiano quanto à coisa julgada não partiu de qualquer alteração legislativa; a própria jurisprudência vem afirmando a existência do “giudicato implicito” como um imperativo a ser reconhecido no processo. Exatamente por isso o adjetivo de *implícito*, de coisa que se deduz existente no processo⁴⁵⁹; a coisa julgada “explícita”, embora não se use este adjetivo em contraposição, é aquela que decorre explicitamente da lei e que, segundo doutrina, recai sobre a parte dispositiva da decisão⁴⁶⁰.

2. A diferença entre a extensão da coisa julgada para as questões prejudiciais e a eficácia preclusiva da coisa julgada

Nossa proposta não abre mão de um requisito para a atribuição da autoridade de coisa julgada sobre decisão incidental referente a questão prejudicial: que tenha havido defesa, seguida de contrariedade ou de admissão quanto ao ponto de fato ou de direito que constitui premissa da decisão. No caso de revelia, ou de fundamento de fato ou de direito que poderia ter sido invocado pela parte, mas não o foi, ocorre apenas a eficácia preclusiva da coisa julgada sobre o bem da vida disputado, isto é, sobre o objeto do litígio, ou a parcela da sentença que dá resposta ao pedido (dispositivo).

afinada com as metas do “processo justo” do que a tradicional, cuja conformação se construiu mais à luz do dogmatismo do que na busca de resultados práticos sensíveis à política moderna de tutela jurisdicional facilitada e eficiente.” (idem).

⁴⁵⁹ Na realidade, a jurisprudência buscou fundamentar sua posição na redação do art. 34 do Código di Procedura Civile, que tem a seguinte redação: “Art. 34. (Accertamenti incidentali) Il giudice, se per legge o per esplicita domanda di una delle parti e' necessario decidere con efficacia di giudicato una questione pregiudiziale che appartiene per materia o valore alla competenza di un giudice superiore, rimette tutta la causa a quest'ultimo, assegnando alle parti un termine perentorio per la riassunzione della causa davanti a lui.” Embora fale em “decidir uma questão prejudicial com eficácia de coisa julgada”, esta é uma regra de competência que sempre existiu na lei e, a seu despeito, a interpretação da doutrina antiga era a de que a coisa julgada atinge apenas o dispositivo da decisão, a resposta ao pedido. A jurisprudência então deu uma nova leitura a um velho dispositivo.

⁴⁶⁰ A coisa julgada no sistema italiano é tratada pelo art. Art. 2909 do Código Civil: “Cosa giudicata. L'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa.”, a ser lido em conjunto com o art. 324 do Código di Procedura Civile: “Art. 324. (Cosa giudicata formale) Si intende passata in giudicato la sentenza che non e' piu' soggetta ne' a regolamento di competenza, ne' ad appello, ne' a ricorso per cassazione, ne' a revocazione per i motivi di cui ai numeri 4 e 5 dell'articolo 395.”

A autoridade da coisa julgada só deve recair sobre questões efetivamente controvertidas e decididas pelo órgão julgante, ou fatos que foram alegados por uma das partes e admitidos pela outra, sobre as quais não se pode admitir uma nova discussão em processo posterior, alijando a segurança que deve defluir do processo como mecanismo estatal para conferir estabilidade às relações jurídicas. A coisa julgada não abrange questões que não foram controvertidas e nem decididas.

A rigor, falar em questão controvertida encerra em si um pleonismo, porque a definição de questão é de um ponto controvertido de fato ou de direito; se não houver controvérsia, não há questão; se não houver decisão sobre a questão, não se pode recair a coisa julgada sobre o que não se decidiu. Essa advertência é relevante, porque pode haver determinadas questões debatidas entre as partes e efetivamente controvertidas, sobre as quais o juiz não tenha se pronunciado.

Este pronunciamento pode ser implícito. Se uma das partes alegar a ocorrência de um fato, ou de uma questão de direito, e a outra parte admitir a ocorrência desse fato, ou do acerto do ponto de direito invocado, tais pontos deverão receber a imutabilidade da coisa julgada se o juiz expressamente considerar ocorrido o fato ou acolher a relação jurídica entre as partes, ou então, ainda que não o faça expressamente, se tal fato ou relação jurídica forem assumidos como premissas necessárias da decisão sobre o pedido.

A autoridade da coisa julgada não se aplica quando houver revelia, porque aí, em razão da deficiência da defesa a presunção de veracidade que recai sobre os fatos afirmados pelo autor deve ser a mais restrita possível, fazendo todo o sentido que seja vinculada ao pedido. Mesmo correndo-se o risco de decisões contraditórias entre as partes, consideradas as premissas da decisão no feito em que verificada a revelia e a causa de pedir de uma nova lide, o princípio da eficiência deve ceder espaço ao princípio constitucional que garante a ampla defesa. A extensão da coisa julgada aos fatos considerados verdadeiros pressupõe que tenha havido defesa das partes sobre os fatos que qualquer delas tenha

alegado (quando houver contrariedade), ou possibilidade dessa defesa (quando a parte estiver assistida por advogado contratado e mesmo assim admitir o fato como verdadeiro).

Se houver revelia, as causas de pedir argüidas pelo autor não foram contrastadas pelo réu, de modo que há uma deficiência no exercício do direito de defesa, consciente ou não, decorrente de negligência ou não. Nesse caso, em homenagem ao direito de defesa, a autoridade da coisa julgada recai apenas sobre o pedido veiculado pelo autor, se a demanda for julgada procedente, não se estendendo aos fatos jurídicos invocados como razões para a decisão. O dano causado ao réu pela precariedade de defesa deve ser o mais restrito possível, não sendo prudente estender a qualidade de imutável a fatos que só foram considerados verdadeiros por presunção legal.

Outra situação é a de que as partes controvertem sobre um ponto de fato ou de direito, mas o juiz não o aprecia; o magistrado considera esse ponto secundário em sua decisão e não se manifesta sobre o mesmo. Nada decide; nem como premissa da decisão final se pode considerar resolvido o ponto. Houve litígio, incidental ao pedido, mas não foi “resolvido”. Também não paira a autoridade da coisa julgada.

Esse é o ponto que diferencia a coisa julgada da sua eficácia preclusiva. A extensão desta é significativamente maior, porque abrange qualquer fundamento de fato ou de direito que não foi objeto de discussão, ou sequer objeto de alegação, que poderia quebrar a autoridade da coisa julgada. Tais fundamentos poderão ser rediscutidos em outro processo, envolvendo as mesmas partes, desde que não ocorra ofensa à imutabilidade inerente à coisa julgada, que se estende ao dispositivo da sentença (= resposta dada ao pedido), segundo doutrina tradicional firmada no art. 469 do CPC, bem como às questões de fato ou de direito, relativas ao mérito, decididas incidentalmente na sentença (questões prejudiciais), segundo uma visão constitucional focada na eficiência.

Pode ocorrer o inverso da situação anterior: um ponto qualquer não é alegado, muito menos controvertido; ainda que constitua premissa da decisão, não deverá sofrer a autoridade da coisa julgada. Esta ficará restrita à resposta ao pedido, no qual se

decide sobre a adjudicação do bem da vida almejado pelo autor, ou às questões controvertidas pelas partes, ou a um ponto alegado por uma delas e admitido pela outra.

Vamos raciocinar sobre exemplos elaborados por José Carlos Barbosa Moreira para deixar clara a nossa posição:

“Exemplo: em ação proposta por X contra Y, para revogar doação por ingratidão, com fundamento em que o donatário, não obstante pudesse ministrar-lhos, recusou ao doador os alimentos de que este necessitava (Cód. Civil, art. 1.183, IV) [refere-se a dispositivo do Código Civil de 1916], é obviamente capaz de influir no resultado do processo a alegação de que Y recebera vultosa herança: caso provada, tal alegação forneceria um dos pressupostos da procedência do pedido, a saber, a possibilidade de Y alimentar X. Se, porém, se rejeitou o pedido, e a sentença transitou em julgado, a questão perde toda a relevância, quer haja X deduzido, quer não haja deduzido o fato. Nesta última hipótese, não aproveitará a X, em novo processo, eventualmente instaurado com o mesmo objeto, argumentar que no feito anterior não se levava em conta a herança deixada a Y e, se se houvesse levado em conta, seria outra a conclusão do Juiz: do ponto-de-vista prático, não há diferença entre essa situação e a que ocorreria caso X tivesse alegado, no primeiro processo, o recebimento da herança por Y, e o órgão judicial tivesse desprezado a alegação, v.g., por não a julgar provada.⁴⁶¹”

O pedido era “revogar a doação” e foi rejeitado. Esta decisão, como resposta ao pedido, recebe a imunização decorrente da autoridade da coisa julgada. Concordamos que não se poderia instaurar um novo processo com o mesmo pedido e tendo como fundamento o recebimento da herança por “Y”. Mesmo que este ponto de fato não tenha sido alegado e não tenha sido apreciado, a imunização da decisão sobre a resposta ao pedido não poderá ser quebrada. Veja-se que, mesmo que não alegado e nem discutido este fato, a eficácia preclusiva da coisa julgada impedirá que se quebre a imutabilidade da decisão sobre a revogação da doação; ele nunca poderá ser invocado para discutir *a mesma pretensão*. Todavia, a eficácia preclusiva protege a coisa julgada, mas com ela não se confunde: caso este ponto de fato não tiver sido alegado e controvertido pelas partes, ele poderá ser invocado em outras demandas, desde que sirvam como suporte para *outras pretensões*.

⁴⁶¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro*. In Temas de Direito Processual. São Paulo: Editora Saraiva, 1977; pp. 97-109.

Situação totalmente diversa, a nosso ver, ocorrerá se este ponto de fato tiver sido invocado nesta demanda originária, controvertido e o juiz tiver decidido sobre o mesmo, seja pelo recebimento ou não da herança; então esta decisão sobre questão prejudicial de fato deverá sofrer também a imutabilidade da coisa julgada e não poderá ser discutida em novos processos, ainda que relativos a outras pretensões.

Barbosa Moreira prossegue no mesmo exemplo:

Se, entretanto, após o trânsito em julgado da sentença que repeliu o pedido de revogação da doação, X propõe contra Y ação de alimentos, a *quaestio facti* referente à herança pode ser suscitada e resolvida com total liberdade. Ao juiz desse novo processo, em se convencendo de que Y, na verdade, recebera a herança e com isso adquirira a possibilidade de alimentar X, sempre será dado invocar tal circunstância como um dos fundamentos da condenação de Y a prestar alimentos. É indiferente que, no feito anterior, se tenha ou não suscitado a questão, e, no caso de ter-se suscitado, que se tenha ou não considerado provado o recebimento da herança por Y. Em hipótese alguma há coisa julgada sobre a questão, seja qual for a maneira que ali se haja resolvido; nem há, no processo da ação de alimentos – onde a lide é outra –, eficácia preclusiva da coisa julgada, pois a preclusão das questões logicamente subordinantes serve apenas para assegurar, no caso, a imutabilidade da sentença que julgou improcedente o pedido de revogação da doação, e a imutabilidade dessa sentença não é posta em risco pelo julgamento – qualquer que seja o sentido em que se profira – do pedido de alimentos.^{462,}

Esperamos que nossa posição e nossa divergência tenha ficado clara. Neste novo processo em que “X” pleiteia alimentos contra “Y”, a questão de fato concernente em saber se “Y” recebeu vultosa herança também é deveras importante. Todavia, discordamos que o juiz do novo processo seja inteiramente livre para decidi-la, porque não é indiferente o fato de o juiz da causa anterior já ter decidido ou não esta questão: se já houver decidido, pesa sobre tal decisão a imutabilidade da coisa julgada, cabendo ao juiz do novo processo, ainda que discorde, aceitar como verdadeira a decisão do juiz do processo anterior; caso a mesma questão não tenha sido aventada, controvertida e decidida no processo anterior, aí sim o juiz da causa dos alimentos poderá decidi-la livremente, conforme seu convencimento.

⁴⁶² Idem, p. 104.

Assim se conclui que a eficácia preclusiva da coisa julgada recai sobre pontos de fato ou de direito que poderiam ter sido invocados mas não o foram, sobre aquilo que era dedutível, mas não se deduziu, sendo a sua eficácia limitada à proteção da decisão coberta pela coisa julgada. Os mesmos pontos, caso não controvertidos, ou caso o juiz não os tenha sequer considerados, nem como premissa da decisão, não recebem a autoridade da coisa julgada, de modo que podem ser invocados para outras pretensões; só não podem ser invocados para a mesma pretensão, coberta pela autoridade da coisa julgada.

Vejamos um segundo exemplo de Barbosa Moreira:

“o contribuinte X embarga execução fiscal, afirmando indevida a prestação tributária que se lhe cobra, correspondente a determinado exercício financeiro. Rejeitados os embargos por sentença trânsita em julgado, quer tenha, quer não tenha X argüido a inconstitucionalidade da lei que instituíra o tributo, não lhe será possível, voltando a juízo, pleitear frutiferamente a restituição da importância paga por ser inconstitucional a lei: semelhante questão, ainda que não examinada no feito anterior, fica coberta pela eficácia preclusiva da coisa julgada.”⁴⁶³

Até aqui concordamos: quer “X” tenha, quer não tenha argüido a inconstitucionalidade da lei, ele não poderá voltar a juízo para pleitear a restituição da importância paga. Este ponto de direito – a inconstitucionalidade da lei – está coberto pela eficácia preclusiva da coisa julgada, que protege a imutabilidade da decisão que negou o objetivo de desconstituir o título executivo, rejeitando os embargos.

Ele prossegue:

Se, porém, no exercício financeiro subsequente, torna o Fisco a cobrar-lhe o tributo, de incidência periódica, com fundamento na mesma lei, abre-se lhe, livremente, através dos embargos, a discussão judicial da *questio juris*, nada importando que o juiz do primeiro processo se tenha absterido de enfrentá-la ou tenha repellido a argüição de inconstitucionalidade: a situação, num caso ou noutro, é sempre igual. Onde não se ponha em jogo a *auctoritas rei iudicatae*, não há porque supor preclusas as questões logicamente subordinantes, deduzidas ou não, apreciadas ou não, em processo antecedente.⁴⁶⁴

⁴⁶³ Idem, p.105.

⁴⁶⁴ Idem, p. 105.

Passamos a discordar. Se o juiz do primeiro processo houver apreciado e julgado o pedido de declaração incidental da inconstitucionalidade da lei instituidora do tributo, soaria manifestamente absurdo que o juiz do processo seguinte viesse a apreciar a mesma questão, reavivando o mesmo litígio e decidisse de forma diversa. Quer dizer, a cada exercício financeiro um novo juiz daria uma nova solução e o dissenso se perpetuaria, abrindo margem a que a sorte guiasse a vida deste contribuinte e do próprio Estado, com total insegurança financeira para as partes envolvidas. Um sistema concebido nestes moldes não confere a estabilidade que se espera para a condução da vida individual e ordenação de uma sociedade de massas.

Não é indiferente, portanto, que essa questão tenha sido apreciada e resolvida no primeiro processo. Se tiver sido, pesará sobre a mesma a autoridade da coisa julgada.

Poder-se-ia objetar que, se o juiz da primeira causa não tivesse apreciado a questão da inconstitucionalidade da lei tributária, rejeitando os embargos do contribuinte, essa decisão seria contraditória com outra que, no exercício fiscal seguinte, reconhecesse que o contribuinte nada deve, apreciando e acolhendo este ponto de direito.

Sim, é mesmo contraditório, mas neste caso pode-se dizer ao contribuinte que ele perdeu a primeira ação porque não alegou uma questão fundamental em sua defesa. Havia um ponto de mérito que não foi examinado no processo anterior, fundamental à defesa, que o contribuinte não havia aventado. De qualquer modo, fica ainda muito menos contraditório do que o juiz resolver a questão num sentido no primeiro processo e a mesma questão ser resolvida em sentido completamente oposto no segundo.

Pode-se ainda objetar no sentido de que a parte sempre pode alegar os pontos de fato e de direito e mover ação declaratória incidental para firmar a imutabilidade sobre as relações jurídicas daí derivadas. O problema, ao nosso ver, é deixar um dos pilares da segurança jurídica e da estabilidade do sistema de tutela jurisdicional à livre vontade das partes, como se esse aspecto do processo fosse disponível. A legislação processual, que

assume esse valor excessivamente privatista como premissa para estabelecer a demanda incidente, não se coaduna com a perspectiva de eficiência que emana do texto constitucional.

Cumpre salientar, como já vimos, que nestes casos que envolvem a declaração de inconstitucionalidade da lei, considerando a estabilidade social ou coletiva das decisões do Poder Judiciário, indicando preponderar uma visão que prestigia a padronização da vida social diante de pessoas encetadas na mesma situação de fato, ou, em outras palavras, a igualdade de todos perante a lei – tão fundamental para coibir insatisfações e programar a vida, a própria coisa julgada poderá ser afastada, caso o título executivo seja fundado em lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (art. 741, II, parágrafo único, do CPC)

Vejamos um terceiro exemplo de Barbosa Moreira:

“Suponhamos, v.g., que Caio peça e obtenha, por sentença trânsito em julgado, a condenação de Tício ao pagamento de multa pela infração de certa cláusula do contrato entre ambos celebrado. Tendo pago a multa, volta Tício a juízo e, alegando a nulidade absoluta do contrato, pede a restituição da importância correspondente à pena convencional. A questão da nulidade, conforme o sentido em que fosse resolvida, seria obviamente capaz de influir no resultado do primeiro processo: se o contrato é na verdade nulo, a suposta obrigação não existia, nem havia que cogitar-se da aplicação da cláusula penal. O crédito de Caio, a esse título, face de Tício, está porém coberto pela autoridade da coisa julgada, e nenhum argumento, utilizado ou não no feito anterior, autoriza a reabertura da discussão – salvo, é claro, mediante rescisão da sentença – em torno da lide decidida. Em nada aproveitará a Tício, no segundo processo, alegar que a validade do contrato *não fora objeto de exame* e portanto constitui matéria nova: a situação prática é *exatamente igual* à que ocorreria se a nulidade houvesse sido argüida e o órgão jurisdicional houvesse repellido a argüição, sem que se precisasse “considerar” (*rectius*: fingir) que ele “implicitamente” a repeliu.⁴⁶⁵”

Concordamos que, se a questão da nulidade do contrato não houver sido objeto de exame neste processo, ela não poderá ser objeto de exame para atacar a mesma pretensão acolhida, com decisão coberta pela imutabilidade da coisa julgada. O pagamento da multa não estará sujeito a repetição do indébito, salvo a hipótese de ação rescisória.

⁴⁶⁵ Idem, pp. 102 -103

Ele prossegue:

“Suponhamos agora que Caio proponha nova ação contra Tício para exigir, desta vez, o cumprimento de *outra* obrigação estipulada no mesmo contrato. A lide não é a mesma, nem depende logicamente a sua solução da que se deu à anterior, relativa às consequências do descumprimento de obrigação *diversa*. Neste segundo feito, a nulidade do contrato, como razão de defesa, pode ser argüida por Tício e livremente apreciada pelo juiz, a quem até competiria examiná-la de ofício (Cód. Civil, art. 146, parágrafo único). Não há, com efeito, *coisa julgada* sobre a validade do negócio, estranha ao objeto do processo anterior, onde o autor só pedira, e a sentença só pronunciara, a condenação de Tício ao pagamento da multa contratual. Tampouco opera aqui, sobre a questão, a *eficácia preclusiva* da coisa julgada, pois, seja qual for a solução que se lhe dê, permanecerá incólume a *auctoritas rei iudicatae* da anterior decisão, que de modo nenhum se vê posta em xeque pela mera eventualidade de contradição lógica entre os julgados⁴⁶⁶”.

Discordamos. A validade do contrato poderá ser amplamente discutida pelas partes e decidida pelo juiz se não tiver sido decidida no feito anterior. Se o juiz do primeiro processo já tiver apreciado a mesma alegação e decidido pela validade do contrato, afastando a pretendida declaração de nulidade, a decisão proferida nesta oportunidade não pode ficar sujeita ao humor do novo juiz ou a outras vicissitudes da vida; a resposta do Poder Judiciário deve ser a mesma para os dois casos.

Uma última hipótese do eminente mestre:

“Exemplo: cobrando-se em juízo indenização pelo suposto descumprimento de servidão sobre o prédio de Y em favor do prédio de X, a sentença acolhe o pedido e transita em julgado. Quer se haja apreciado, quer não, a existência da servidão, Y já não poderá impugnar, noutro processo, o crédito de X pelo valor das perdas e danos; em vão argumentará que o resultado seria diferente se, no feito anterior, se tivesse examinado a prejudicial.⁴⁶⁷”

Concordamos que a pretensão de indenização está imunizada e é imutável como decorrência da autoridade da coisa julgada. Não se pode alegar nada contra ela, nem mesmo o que não se alegou. Essa pretensão não é mais passível de discussão. Quanto à existência da servidão em si, se houver sido alegada pelo autor e contraditada pelo réu, o

⁴⁶⁶ Idem, p. 103.

⁴⁶⁷ Idem, p. 105.

juiz terá de “resolver” a mesma (*rectius*: decidir sobre a mesma). Haverá coisa julgada. Se o réu admitir a existência da servidão e alegar apenas que não houve o seu descumprimento, a decisão será sobre a indenização; provavelmente, nada falará sobre a existência da servidão, sobre a qual não houve controvérsia. Todavia, é premissa fundamental da decisão que concede a indenização a própria existência da servidão, de modo que autor e réu não poderão discuti-la em outros processos, ainda que referentes a outras pretensões; também pesará sobre este ponto de direito (o direito real sobre coisa alheia) a autoridade da coisa julgada⁴⁶⁸.

Só não haverá coisa julgada se o réu for revel, pois aí a presunção legal de veracidade que recai sobre os fatos narrados na petição inicial deve ser interpretada sob viés restritivo, no máximo para aquela pretensão; o direito constitucional à ampla defesa afasta a eficiência que adviria da imutabilidade sobre tal ponto de direito e permite que o réu, em demanda posterior, possa rediscuti-lo.

3. A eficácia preclusiva da coisa julgada à luz do princípio da eficiência

A discussão travada anteriormente refere-se a atribuir a autoridade da coisa julgada às decisões incidentais no processo, com os limites subjetivos pertinentes (= entre as mesmas partes), reconhecendo a inconstitucionalidade dos artigos 5.º, 325 e 469 do CPC pela contrariedade ao princípio da eficiência.

As posições de restrição à coisa julgada, todavia, vão mais além. A partir de uma interpretação distorcida da eficácia preclusiva da coisa julgada, presente no art. 474 do CPC, permite-se que a mesma pretensão seja objeto de nova ação judicial, desde que respaldada por outra causa de pedir. Mais uma vez, em severa violação ao primado de

⁴⁶⁸ Por isso, discordamos da segunda parte do exemplo: “Todavia, se mais tarde X pleieia nova indenização, por *outro* comportamento de Y, também supostamente lesivo ao seu direito, não fica Y impedido de defender-se alegando que a servidão na realidade não existe, nem o Juiz de examinar com total liberdade essa questão. Sobre ela, com efeito, não há *res iudicata* (ressalvada a hipótese de ter-se proposto, no primeiro feito, a *ação declaratória incidental* prevista no art. 5.º do Cód. Proc. Civil de 1973), nem a alcança, no segundo processo, relativo a diferente lide, a eficácia preclusiva da coisa julgada.” (idem, pp. 105-106).

segurança e estabilidade das decisões judiciais que caracterizam uma prestação *eficiente* da tutela jurisdicional.

Prevalece na doutrina o entendimento de que, com uma nova causa de pedir, é possível veicular a mesma pretensão já formulada em ação anterior julgada improcedente. Não haveria, nesse caso, ofensa ao art. 474 do CPC, que estabelece a eficácia preclusiva da coisa julgada e claramente impõe que, diante da mesma pretensão, a coisa julgada cobre o deduzido *e o dedutível*. Defende-se que esse dispositivo impede a veiculação da mesma pretensão com a mesma causa de pedir, mas não com uma causa de pedir diversa, que não tenha sido deduzida na primeira ação.

A idéia se baseia na distinção entre alegação e causa de pedir. Diz-se que uma mesma causa de pedir pode ser alegada de várias formas; diversos discursos lingüísticos podem manifestá-la, diferentes construções argumentativas podem explanar uma mesma causa de pedir. É o caso de petições iniciais que, a despeito do diferente estilo de linguagem de cada advogado, manifestam a mesma tese sobre questão padronizada de direito. A mudança da alegação, ou da forma de exposição da mesma causa de pedir não alteraria a ação em si.

Todavia, segundo os partidários desse entendimento, se for alterada a causa de pedir, tem-se então uma nova ação. Não estão mais presentes os três elementos identificadores da ação anterior, justamente pela alteração da causa de pedir. Defende-se que a eficácia preclusiva da coisa julgada impede a repropositura da mesma ação e não de outra que, ainda com a mesma pretensão, seja alicerçada por outra causa de pedir⁴⁶⁹.

⁴⁶⁹ “A coisa julgada, bem como sua eficácia preclusiva, dizem respeito a novos *argumentos* sobre a mesma lide, o que pressupõe a manutenção da causa de pedir. A proibição de rediscussão da lide com novos argumentos (*eficácia preclusiva da coisa julgada*) não impede a repropositura da ação com outro fundamento de fato ou de direito (*nova causa de pedir*). Tratando-se de nova causa de pedir, ainda que o pedido seja o mesmo da ação anterior, estar-se-á diante de *nova ação* e, portanto, nada tem a ver com a eficácia preclusiva da coisa julgada, instituto que proíbe a rediscussão da *mesma ação*, isto é, de ação entre as mesmas *partes*, com a mesma *causa de pedir* (próxima e remota) e com o mesmo *pedido* (mediato e imediato).” (NERY Jr., NELSON e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006; p. 619, nota 2 ao art. 474); “A corrente majoritária entende que a eficácia preclusiva só atinge argumentos e provas que sirvam para embasar a causa petendi deduzida pelo autor. O efeito preclusivo não atinge todas as causas de pedir que pudessem ter servido para fundamentar a pretensão formulada em juízo, mas tão-somente a *causa petendi* que, de fato, embasou o pedido apresentado pelo autor, e as alegações que a ela se refiram. Assim, entende-se ser possível propor nova ação deduzindo o mesmo pedido, desde que fundado em uma nova causa de pedir. É o que pensam José Carlos Barbosa Moreira, Egas Moniz de Aragão, Daniel Mitidiero e

Esse tipo de interpretação não se coaduna com o princípio da eficiência. Não se trata, aqui, da inconstitucionalidade do art. 474 do CPC, mas sim de uma linha doutrinária de interpretação que se afasta deste princípio constitucional, uma vez que favorece que o mesmo problema seja levado diversas vezes ao Poder Judiciário, perpetuando a solução do litígio.

Diferente do que propugna a doutrina majoritária, as diversas causas de pedir que embasam uma pretensão não podem ser objeto de diversas ações isoladas, uma vez que o art. 474 do CPC busca evitar a multiplicação de processos que girem em torno de um mesmo objeto jurídico, isto é, de uma mesma pretensão (= pedido). Se referidas causas autônomas poderiam ter sido deduzidas na primeira ação e não o foram, o problema é do autor negligente que se omitiu na articulação das causas de pedir preexistentes. O sistema não deseja que a mesma pretensão seja submetida mais de uma vez à apreciação jurisdicional, seja pelos custos que gera a multiplicação desnecessária de processos, seja pelo inconveniente de se ter reavivado *ad eternum* o mesmo conflito de interesses.

Sérgio Porto. “Em respeito ao direito fundamental de ação, ao devido processo legal e ao contraditório, insertos no art. 5.º, XXXV, LIII e LV, CF, ora se perfilha a corrente majoritária, segundo a qual a formação da coisa julgada preclui a possibilidade de rediscussão dos argumentos e razões que digam respeito, tão somente, à causa de pedir deduzida pelo autor. A eficácia preclusiva da coisa julgada não poderia, jamais, atingir todas as outras causas de pedir que pudessem servir para embasar aquela mesma pretensão, sob pena de grave ofensa ao direito fundamental de ação, o devido processo legal e o contraditório.” (DIDIER JÚNIOR, Fredie, OLIVEIRA, Rafael e BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. Salvador: Edições Jus Podium, 2007; pp. 496-497) “As ‘alegações’ e ‘defesas’ referidas no art. 474 não se confundem com ‘causa de pedir’. Bem diferentemente, elas se relacionam, muito mais, com os ‘argumentos’, com a ‘retórica’ utilizada para fins de convencimento e formação da cognição judicial a partir de um fato jurídico. Causa de pedir, fenômeno exclusivamente processual, relaciona-se, unicamente, com as consequências jurídicas que devem ser experimentadas a partir de um fato jurídico ou uma série deles. Causa de pedir e argumentos podem até conviver mas não se confundem, é dizer, para que o magistrado se convença da existência de uma dada causa de pedir é dado ao interessado valer-se dos mais diversos argumentos, além da produção da prova que se faça relevante e pertinente. Mas a causa de pedir, em si mesma considerada, não é o mesmo que os argumentos de que se vale para seu enfrentamento e vice-versa. Os elementos apontados no art. 474 devem, pois, ser compreendidos como identificadores ou como elementos de comprovação de uma mesma causa de pedir. É importante insistir na distinção. Causa de pedir é aquele fato ou conjunto de fatos (causa de pedir composta) significativo, por si só, de uma determinada consequência jurídica no mundo do direito. Os motivos, as razões, os argumentos (as “alegações” e as “defesas”) que sustentam a causa de pedir (ou as causas de pedir) não se confundem com elas próprias. Alterando-se a causa de pedir, não há óbice para um novo processo. Trata-se, a bem da verdade, de uma nova demanda, por força do que dispõe expressamente o art. 301, § 2.º.” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*. Vol. 2, Tomo 1. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007; p. 390/391).

Imagine-se que uma pessoa queira pleitear a nulidade de um contrato de doação porque teria objeto ilícito. Julgada improcedente esta pretensão, não seria possível deduzir nova ação com a mesma pretensão, alegando que não fora observada a forma prescrita em lei. Se esta causa de pedir não foi deduzida na primeira ação, o problema será do autor que poderia tê-lo feito e se omitiu.

No mesmo sentido, imagine-se uma reclamação trabalhista que veicula um pedido com base em lei especial, que aparentemente concederia um determinado benefício ao trabalhador, vindo a jurisprudência a firmar-se pela inexistência do direito almejado com base nessa lei. Ele não poderia propor nova reclamação trabalhista com o mesmo pedido, desta vez sob o fundamento de que a reclamada havia se comprometido ao pagamento do benefício em acordo coletivo do trabalho, tendo a obrigação, portanto, origem contratual e não legal. É outra causa de pedir, mas não autoriza a rediscussão judiciária da lide. Se o reclamante não deduziu o acordo coletivo como fundamento de sua pretensão, não poderá fazê-lo em outra e nova ação.

O art. 474 do CPC é claro quando dispõe que se consideram deduzidas e repelidas não só as alegações e defesas opostas pela parte, mas também aquelas que se poderia deduzir e não o foram. Se a parte poderia desde logo deduzir uma causa de pedir e não o fez, por negligência, não se deve permitir seja reavivada a mesma pretensão pela injustificada incúria.

A rigor, visto sob a ótica do réu, não se lhe permite que a todo tempo fique aduzindo novos fatos que dêem suporte à sua defesa. Não se lhe permite rediscutir uma decisão de procedência passada em julgado com base em defesa que poderia ter sido deduzida e não o foi. Invertendo o exemplo proposto, se o autor pede a cobrança de quantia com base em contrato firmado entre as partes e o réu deixa de alegar a sua nulidade, não poderá fazê-lo após essa pretensão ter sido acolhida com decisão transitada em julgado.

Isso significa que a interpretação majoritária da doutrina põe autor e réu sob diversidade injustificável de tratamento; enquanto aquele poderia a qualquer tempo renovar a mesma pretensão com base em nova causa de pedir, ainda que o pedido seja julgado improcedente por decisão “definitiva” sobre a pretensão deduzida, ao réu não se concede o mesmo direito: ele não pode impugnar a decisão de procedência com base em outra “causa de defesa”, que poderia ter oposto na contestação e não o fez. Portanto, à luz do princípio constitucional da igualdade, a posição restritiva da eficácia preclusiva da coisa julgada não se sustenta.

A seguinte objeção poderia ser deduzida: “E se o autor movesse uma ação buscando a condenação do réu ao pagamento de ‘x’ reais porque lhe emprestou esse dinheiro, ele não poderia propor outra ação com o mesmo pedido (condenação ao pagamento de ‘x’ reais), mas desta feita porque o réu não cumpriu contrato de prestação de serviços para o qual recebeu adiantamento?”

Neste caso, os pedidos são iguais, porque ambos se referem à condenação ao pagamento da mesma quantia em dinheiro, que é bem fungível. Essa outra causa de pedir (não cumprimento do contrato de prestação de serviços) é totalmente independente daquela primeira causa de pedir (não pagamento do mútuo). Contudo, não é independência das causas de pedir que servirá de elemento bastante para justificar a nova ação. Naqueles dois exemplos dados acima (demanda pela nulidade do contrato de doação e reclamação trabalhista), a segunda causa de pedir sugerida em cada um deles também era totalmente independente da primeira causa de pedir, mas não suficiente para ensejar uma nova ação.

O verdadeiro critério para justificar uma nova e autônoma ação não é a independência da causa de pedir, mas sim a sua aptidão para, por si só, ensejar um pedido autônomo, de modo que, se as duas causas de pedir fossem lançadas na mesma petição inicial, haveria cumulação de pedidos e não duas causas de pedir autônomas que justificam o mesmo pedido.

É precisamente essa a interpretação que se propugna para o art. 474 do CPC: a propositura de outra ação só se justificará quando a nova causa de pedir puder sustentar autônoma e cumulativamente um outro pedido, que se fosse formulado na ação anterior seria caso de cumulação objetiva de pedidos. Quando um bem é fungível, como o dinheiro, o pedido de condenação na mesma quantia sempre será o mesmo, independe das partes litigantes, dos fatos e do direito que envolva o litígio. Todavia, entre as mesmas partes, uma nova causa de pedir só poderá sustentar o mesmo pedido se, além de não ter relação com outra demanda anteriormente deduzida e julgada, servir, por si só, para sustentar esse novo pedido, de modo que, se tivesse sido apresentada na demanda anterior, ensejaria uma cumulação de pedidos.

Testemos a teoria nos exemplos propostos⁴⁷⁰. No caso do pedido de nulidade do contrato de doação, tanto a causa de pedir referente à ilicitude do objeto como a causa de pedir referente à inobservância da forma prescrita em lei conduziriam ao mesmo resultado prático: a decretação da nulidade do contrato de doação. A despeito da independência das causas de pedir, ambas repercutem sobre um único e mesmo objeto jurídico. A independência é apenas aparente, já que ambas estão vinculadas a um mesmo bem da vida juridicamente tutelável. O que o autor quer é a nulidade do contrato, pouco lhe importa se pelo acolhimento de uma ou ambas as causas de pedir

No caso da reclamação trabalhista, o que o autor quer é o benefício laboral “x”, pouco lhe importando se vai ser concedido com base em lei ou com base na assunção de obrigação em acordo coletivo de trabalho. Ressalte-se que o empregador pode obrigar-se por algo em acordo coletivo que a lei não o obriga, daí a independência das causas de pedir, já que o juiz pode acolher uma, as duas ou nenhuma, sem qualquer relação de prejudicialidade entre as decisões proferidas. Pode entender que só a lei dá o direito pretendido, ou só o acordo coletivo, ou os dois ou nenhum deles dão esse direito. Todavia,

⁴⁷⁰ Neste sentido a doutrina italiana: “L’efficacia della sentenza riguarda il rapporto dedotto in giudizio. Si dice, come si è visto, che il giudicato, in ordine a questo, copra il dedotto e il deducibile, nel senso che l’efficacia preclusiva del <<far stato>> si estende non solo alle domande, difese ed eccezioni, effettivamente proposte e sulle quali si è pronunciato, ma anche a quelle che potevano essere proposte e non lo sono state. L’eccezione, tuttavia, doveva poter essere proponibile al tempo in cui si è svolto il

aqui também é relativa a independência, uma vez que as duas causas de pedir (obrigação “ex legge” ou obrigação contratual) estão vinculadas em torno da concessão de uma mesma pretensão, de um mesmo objeto, de um mesmo bem da vida judicialmente reclamado.

Já quanto ao exemplo da objeção, em que se pleiteia a condenação do réu ao pagamento de “x” reais, as causas de pedir (uma referente ao não cumprimento de contrato de prestação de serviço para o qual se recebeu sinal, pedindo-se a devolução da quantia, e outra referente ao não pagamento de mútuo, sem relação com o contrato de prestação de serviços), as duas causas de pedir também são independentes. O juiz poderia acolher uma delas, as duas ou nenhuma delas. Todavia, neste caso, elas não guardam nenhuma vinculação entre si, sendo que as respectivas pretensões são totalmente autônomas. Desse modo, se as duas causas de pedir fossem deduzidas numa única demanda, o pedido seria a condenação do réu ao pagamento da quantia de “2x” (duas vezes “x”), ou seja, haveria autêntica cumulação de pedidos.

Este raciocínio demonstra que a pretensão ao pagamento da quantia de “x” reais de uma primeira demanda não se confunde com a pretensão ao pagamento da quantia de “x” reais da segunda demanda. Só nominalmente os pedidos são iguais, mas as pretensões reclamadas pelo autor e resistidas pelo réu são diversas, já que o autor pede “x” + “x” e a decisão sobre a procedência de um pedido não influi na do outro.

Desta feita, constitui equívoco supor que uma nova causa de pedir poderia servir de base à mesma pretensão, uma vez que sobre a decisão judicial proferida pesará a autoridade de coisa julgada.

Se adotássemos a noção de coisa julgada presente na doutrina pátria, diríamos que ela incide sobre o dispositivo da sentença e o dispositivo da sentença é uma resposta ao pedido, acolhendo-o ou rejeitando-o. Essa resposta do Estado (encarnado no Poder Judiciário) sobre o litígio, ou seja, a decisão sobre o que se pede (= conceder ou negar a pretensão), não pode sofrer modificação em outro processo. A decisão é imutável,

processo.”(MAZZARELLA, Ferdinando e TESORIERE, Giovanni. *Corso di Diritto Processuale Civile*. 3.^a

ao menos sobre aquela pretensão devidamente singularizada. Ainda que nominalmente se formule pretensão idêntica, a demanda só será cabível se a pretensão for autônoma.

Esta é a linha de interpretação do art. 474 do CPC mais afinada com o princípio da eficiência. Não permite que uma parte que poderia deduzir certa causa de pedir, e não o fez porque não quis ou porque agiu negligentemente, venha a fazê-lo em outra ação, diante da mesma parte, para sustentar *o mesmo pedido*. As causas de pedir que não foram objeto de decisão judicial e que poderiam ter sido invocadas pela parte não estão cobertas pela força da coisa julgada, podendo ser discutidas em outras ações. Mas, não podem ser reutilizadas para sustentar o mesmo pedido, já rejeitado por decisão transitada em julgado. Só poderão dar respaldo a outro pedido contanto que pudessem, desde o princípio, sustentá-lo autônoma e cumulativamente ao pedido original.

Veja-se que esta posição deve ser seguida não porque atende mais à literalidade do art. 474 do CPC, mas sim porque promove mais amplamente o princípio da eficiência. Ela (a) combate a negligência da parte, exigindo uma postura mais pró-ativa na tutela dos seus direitos; (b) garante maior estabilidade à decisão judicial sobre o pedido e às relações jurídicas de direito material subjacentes, protegendo adequadamente a coisa julgada e dando expressão ao aspecto de segurança jurídica da eficiência; (c) garante economia processual, na medida em que impõe ao interessado deduzir num único processo todas as causas de pedir que possam dar supedâneo o pedido; (d) garante celeridade na decisão final do pleito, uma vez que tudo o que se possa controverter e amparar um pedido será processado numa só ação ou não mais será aceito, exigindo da parte que se empenhe em deduzir numa só ação todas as causas de pedir possíveis; e, por fim, atende também o princípio constitucional da igualdade, tratando de forma paritária autor e réu, porque este não poderia, com base em nova “causa de defesa”, querer fulminar pedido julgado procedente por decisão transitada em julgado.

Desse modo, a eficácia preclusiva da coisa julgada deve abranger todo o dedutível, ressalvado aquilo que a parte não tinha condições de argüir, por qualquer motivo

devidamente comprovado, ou causas posteriores e supervenientes, que na realidade alteram as condições fáticas e jurídicas da relação de direito material travada entre as partes.

4. Conclusões deste capítulo

1. O art. 469 do CPC ofende o princípio constitucional da eficiência, seja por admitir que a mesma questão entre as mesmas partes seja submetida mais de uma vez ao crivo do Poder Judiciário, contribuindo para a elevação da carga de trabalho e contrariando o seu viés a economia processual, seja por consentir que a mesma questão envolvendo as mesmas partes possa receber tratamento diferenciado pelo Poder Judiciário em duas oportunidades diversas, violando com isso o primado da segurança jurídica. A contradição escrachada de julgamento sobre o mesmo tema não é admitida pelo sistema jurídico dentro de uma perspectiva constitucional.

2. As questões de fato ou de direito incidentais fazem necessariamente parte do litígio submetido pelas partes ao Poder Judiciário. O viés excessivamente privativa, liberal e autonomista do processo civil marcou a criação da ação declaratória incidental. Numa perspectiva publicista do processo e mais afinada ao princípio da eficiência, transcende o simples interesse das partes que uma questão incidental resolvida não o seja em caráter definitivo. Foge do poder legítimo de disponibilidade das partes, consciente ou não, impedir um único e seguro julgamento sobre as questões submetidas a exame do Poder Judiciário. São também inconstitucionais, portanto, os artigos 5.º e 325 do CPC. A autoridade da coisa julgada cobre todas as questões de fato e de direito controvertidas pelas partes e decididas pelo Poder Judiciário, bem como as situações de fato assumidas como premissas da decisão.

3. Há uma tendência de ampliação dos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada para o fim de promover maior estabilidade às decisões jurisdicionais. Exemplo marcante está nas discussões sobre a molecularização de litígios num único processo coletivo, quando envolver diversos conflitos individuais sobre a mesma base de fato e de direito. Faz-se isso por uma exigência de uniformidade e padronização, que autorizam até a

dissolução de decisão coberta pela autoridade da coisa julgada quando ela contrariar julgamento do STF sobre a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. A estabilidade das decisões passa a ser compreendida numa perspectiva social ou coletiva, que não se presta apenas às partes processuais em conflito.

4. Não se deve confundir os limites objetivos da coisa julgada, com a ampliação ora proposta, com a eficácia preclusiva da coisa julgada. A autoridade da *res judicata* só deve recair sobre questões efetivamente controvertidas e decididas pelo órgão julgante, ou fatos que foram alegados por uma das partes e admitidos pela outra, sobre as quais não se pode admitir uma nova discussão em processo posterior, alijando a segurança que deve defluir do processo como mecanismo estatal para conferir estabilidade às relações jurídicas. A coisa julgada não abrange questões que não foram controvertidas e nem decididas. Quanto a estas, só há a eficácia preclusiva da coisa julgada, de modo que não poderão ser discutidas em outro processo com relação ao litígio já decidido, mas podem ser renovadas em outros processos quando não tiverem o mesmo objeto.

5. A interpretação prevalecente sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada, ao se afastar da literalidade do texto do art. 474 do CPC, contraria o princípio constitucional da eficiência. A eficácia preclusiva da coisa julgada abrange qualquer causa de pedir que poderia ter sido deduzida e não o foi, por desídia do autor, assim como também abrange qualquer causa defensiva nas mesmas condições. A eficácia preclusiva da coisa julgada deve abranger todo o dedutível, ressalvado aquilo que a parte não tinha condições de argüir, por qualquer motivo devidamente comprovado, ou causas posteriores e supervenientes, que na realidade alteram as condições fáticas e jurídicas da relação de direito material travada entre as partes. Outra causa de pedir só poderá sustentar pretensão *nominalmente* equivalente, mas substancialmente autônoma, isto é, quando o pedido for de bem fungível, mas que daria azo a uma cumulação de pedidos caso a nova causa de pedir fosse veiculada na demanda originária e cuja decisão de improcedência está coberta pela coisa julgada. Esta posição está também mais alinhada com o princípio da igualdade das partes no processo civil.

BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*. In Direitos fundamentais sociais: Estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Ingo Wolfgang Sarlet (org.) Rio de Janeiro: Renovar, 2003;

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2003;

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998;

AFONSO DA SILVA, Virgílio. *A constitucionalização do direito*. São Paulo: Malheiros, 2005;

_____, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009;

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Ernesto Garzón Valdés (trad.) Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002;

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003;

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, vol. 1. 8 ed. São Paulo: RT, 2003;

ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999;

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001;

AMORIM, José Roberto Neves. Fundamentos Atuais do Processo Civil, vol. 1. Barueri: Editora Manole, 2004;

ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006;

ARENHART, Sérgio Cruz. *Reflexões sobre o princípio da demanda*. In Processo e Constituição, estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, coord. São Paulo: RT, 2006;

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Introdução à Ciência do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ASSIS, Araken. *Manual do processo de execução*. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998;

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2004.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003;

BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003;

BARBI, Celso Agrícola. *Ação declaratória principal e incidente*. Rio de Janeiro: Forense, 1996;

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Efetividade do processo e técnica processual*. In Temas de Direito Processual Civil, 6ª série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 17-29;

_____, *Miradas sobre o processo civil contemporâneo*. In Temas de Direito Processual Civil, 6ª série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 45-52;

_____, *Os novos rumos do processo civil brasileiro*. In Temas de Direito Processual Civil, 6ª série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 63-80;

_____, *O futuro da justiça: alguns mitos*. In Revista da Escola Paulista da Magistratura, São Paulo, v. 2, n. 1, 2001, p. 71-84;

_____, *Por um processo socialmente efetivo*. In Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Curitiba, n. 11, maio/jun. 2001, p. 5-14;

_____. *Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos*. In Temas de Direito Processual Civil, 7ª série. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 145-178;

_____. *A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro*. In Temas de Direito Processual. São Paulo: Editora Saraiva, 1977;

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005;

BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. *A nova interpretação constitucional dos princípios*. In “Dos princípios constitucionais”, George Salomão Leite (org.). São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luiz Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional do Brasil)*. In Processo Civil, novas tendências, Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008;

_____. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. Ano I – vol. I – n.º. 6 – setembro de 2001 – Salvador – BA – Brasil. Disponível em www.direitopublico.com.br; acesso em 08.12.2009);

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos editor, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006;

_____, *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003;

_____, *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001;

_____, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumária e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003;

_____. *Cognição e decisões do juiz no processo executivo*. In *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Luiz Fux, Nelson Nery Júnior e Tereza Arruda Alvim Wambier (coord.) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006;

BENETI, Sidney. *Doutrina de precedentes e organização judiciária*. In *Processo e Constituição, estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, coord. São Paulo: RT, 2006;

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *Coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2004;

_____. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*, vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005;

BRAGHITTONI, Rogério Ives. *Recurso Extraordinário: uma análise do acesso do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Atlas, 2007;

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009;

BUENO, Cassio Scarpinella. *O “Modelo Constitucional do Direito Processual Civil”: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e suas aplicações*. In *Processo Civil, novas tendências, Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008;

_____. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*. Vol. 2, Tomo 1. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007;

CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009;

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, 7 ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003;

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CAMPOS DA SILVA, Guilherme Amorim. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Método, 2004.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Limites objetivos da coisa julgada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Aide, 1988;

CANARIS, Claus – Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. 3. ed. Antonio Menezes Cordeiro (trad.) Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, s. d.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996;

CARMONA, Carlos Alberto. *Código de Processo Civil interpretado*. Antônio Carlos Marcato (coord.). 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008;

CARVALHO, Fabiano. *EC N.º 45: reafirmação da garantia da razoável duração do processo*. In Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional N. 45/2004. Tereza Arruda Alvim Wambier et alli, coord. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005;

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 1969. 3. ed. Tradução da segunda edição italiana por J. Guimarães Menegale, vol. I, grifos no original;

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini, e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996;

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, vol. 2. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005;

COMOGLIO, Luigi Paolo, TARUFFO, Michele, e FERRI, Corrado. *Lezione sul processo civile*. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 1998;

CONEGLIAN, Olivar Augusto Roberti. Princípio do Juiz Natural, In Princípios processuais civis na Constituição. Olavo de Oliveira Neto e Maria Elisabeth de Castro Lopes, org. São Paulo: Editora Elsevier, 2008;

CONSOLO, Cláudio, LUISO, Francesco P. e SASSANI, Bruno. *La Riforma del processo civile*. Milano: Giuffrè Editore, 1991;

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998;

_____, *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004;

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Jurisdição e Competência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008;

_____. *Anotações sobre a garantia constitucional do juiz natural*. In Processo e Constituição, estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, coord. São Paulo: RT, 2006;

DIDIER JR., Fredie. Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica. In Reflexos do novo Código Civil no Direito Processual. Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei (coord.). 2.ed. Salvador (BA): Edições Podivm, 2007;

DIDIER JÚNIOR, Fredie, OLIVEIRA, Rafael e BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. Salvador: Edições Jus Podium, 2007;

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002;

_____, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 4. 3. ed. São Paulo: Editores Malheiros, 2009;

_____, *Litisconsórcio*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997;

_____, *A instrumentalidade do processo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008;

_____, *A reforma da reforma*. 6. 6d. São Paulo: Malheiros, 2002;

_____, *Capítulos de sentença*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006;

_____, *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003;

_____, *Execução civil*. 4.ed. São Paulo: Malheiros Editores. 1994;

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1976;

FALCÃO, Joaquim. *Menos poder e mais serviço*. In jornal Folha de São Paulo, edição de 05.04.2009;

FAZZALARI, Elio. *Instituzione di diritto processuale*. 8. Ed. Padova: Cedam, 1996;

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da e BRASIL, Deilton Ribeiro. *Desconsideração da personalidade da pessoa jurídica – visão crítica da jurisprudência*. Guilherme Calmon Nogueira da Gama (coord.). São Paulo: Ed. Atlas, 2009;

GARCIA, Emerson. A moralidade administrativa e sua densificação. In Revista Jurídica Virtual, Brasília, vol. 3, n. 35, abril/2002; disponível em www.planalto.gov.br, acesso em 11.12.2009;

GONÇALVES FILHO, João Gilberto. *O princípio constitucional da prioridade absoluta*. Dissertação de Mestrado apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; 2006;

_____, *O direito a uma tutela efetiva e tempestiva na ação civil pública*. Coletânea de artigos, In 20 anos da Lei 7.347/1985, Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2006;

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2004;

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 3º vol. 12. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 1997;

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998;

_____. *Os fundamentos da Justiça Conciliativa*. In Mediação e Gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Caetano Lagrasta Neto, coordenadores. São Paulo: Ed. Atlas, 2007;

GUASTINI, Ricardo. *Das fontes às normas*. Edson Bini (trad.) São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. *A 'Constitucionalização' do Ordenamento Jurídico e a Experiência Italiana*. Enzo Bello (trad.). In *Processo Civil, novas tendências, Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008;

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001;

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da desconsideração da pessoa jurídica. In O Processo, estudos e pareceres*. São Paulo: Editora DPJ, 2006;

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes (trad.) Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. 3. ed. Armindo Ribeiro Mendes (trad.) Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s. d.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Luis Afonso Heck (trad.). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____. *A força normativa da Constituição*. Gilmar Ferreira Mendes (trad.) Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. João Vergílio Gallerani Cuter (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOBBSAWN, Eric. *A era dos extremos – O breve século XX [1914 – 1990]*. Trad. Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 2005;

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Antonio Ulisses Corotes (trad.) Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 3. ed. José Lamago (trad.) Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. São Paulo: Editora Saraiva. 1963;

_____. *Manuale di diritto processuale civile: principi*. 6.^a ed. Milano: Giuffrè Editore, 2002;

LOPES, João Batista. *Reforma do Judiciário e efetividade do processo civil*. In Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional N. 45/2004. Tereza Arruda Alvim Wambier et alli, coord. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005;

_____. Ação declaratória. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002;

LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da decisão judicial. Bruno Miragem (trad.) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009;

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Títulos executivos e multa de 10%*. In Execução Civil, Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. Ernane Fidélis dos Santos et alli (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007;

MACHADO, Marcelo Pacheco. Incerteza e Processo. Um estudo direcionado às técnicas recursais e à ação rescisória. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade de São Paulo, set/2009;

MADALENO, Rolf. A desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa física no Direito de Família e no Direito das Sucessões. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009;

MANDRIOLI, Crisanto. *Diritto processuale civile*, vol. II, 13. ed. Torino: G. Giappichelli, 2000.

MARCATO, Antonio Carlos (org.). *Código de Processo Civil Interpretado*, 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Atlas, 2004;

MARIONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008;

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. São Paulo: RT, 2001;

MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004;

MARMELSTEIN, George. *A criação da Justiça Federal e o surgimento da jurisdição constitucional no Brasil*. In Revista CEJ, Ano XI, n. 39, p. 84-87, out./dez. 2007, Brasília – DF;

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008;

MAZZARELLA, Ferdinando e TESORIERE, Giovanni. *Corso di Diritto Processuale Civile*. 3.ª ed. Padova: Cedam, 2008;

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em Juízo*. 17.ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004;

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007;

MENDES DA SILVA, Ricardo Perlingeiro. *Execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 1999;

MIRANDA, Francisco Cavalcanti *Pontes de. Comentários ao código de processo civil*. Tomo IX. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 2ª edição revista e aumentada. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2001;

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. In Revista Diálogo Jurídico, Ano I, vol. 1, n.º 2, maio de 2001 – Salvador – Bahia – Brasil. Disponível em www.direitopublico.com.br; acesso em 08.12.2009;

MONTELEONE, Girolamo. *Diritto processuale civile*. 3. Ed. Padova: Cedam, 2002;

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 18.ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005;

NEGRÃO, Theotonio. Código de Processo Civil e Legislação processual em vigor. 33.ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002;

NERY Jr., NELSON e NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil comentado. 9. ed. São Paulo: RT, 2006;

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004;

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Método, 2009;

_____. *Reforma do CPC. Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006*. Obra coletiva, sendo autores Daniel Amorim Assumpção Neves, Glauco Gumerato Ramos, Rodrigo da Cunha Lima Freire e Rodrigo Mazzei. São Paulo: Ed. RT, 2006;

NOGUEIRA, Antonio de Pádua. *Execução contra a Fazenda Pública*. In Revista CEJ, Brasília, n. 16, p. 106-114; jan/mar. 2002;

NOLASCO, Rita Dias. *Responsabilidade Patrimonial*. In Execução no processo civil, novidades e tendências. Sérgio Shimura e Daniel Amorim Assumpção Neves (coord.). São Paulo: Editora Método, 2005

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual*. Temas fundamentais de Direito, vol. 8. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007;

PISANI, Andrea Proto. *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*. In Rivista di Diritto Processuale, Pádua, n.º 4, out./dez.1979;

_____, *Lezioni di diritto processuale civile*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1999;

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005;

PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002;

_____, *A Lei de Cumprimento de Sentença como estímulo ao uso da ação monitória para cobrança de soma em dinheiro*. In Execução Civil, Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. Ernane Fidélis dos Santos et alli (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007;

RAMOS, Manuel Ortells. *Derecho Procesal Civil*. Navarra: Aranzadi, 2000.

RÁO, Vicente. *O Direito e a vida dos direitos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994;

ROCHA, César Asfor. Justiça de qualidade. In “Folha de São Paulo”, painel Tendências e Debates, p. A3, ed. 08/09/2008;

SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____, *Entre a eficiência e a equidade: bases conceituais para um direito processual coletivo*. In Revista de Direitos Difusos, v. 36. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 13-31;

_____, *Processo Civil de interesse público: uma nova perspectiva metodológica*. In Direito Processual Público: a fazenda pública em juízo. Carlos Ari Sundfeld; Cássio Scarpinella Bueno. (Org.). São Paulo: Malheiros, 2003.

SATTA, Salvatore. *Diritto Processuale Civile*. 9ª ed. Padova: Cedam, 1981;

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. In *Processo Civil, novas tendências, Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008;

SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. 2. ed. São Paulo: Ed. Método, 2005;

SCHWAB, Karl Heinz. *El Objeto Litigioso em el Proceso Civil*. Tomas A. Banzhaf (trad.). Buenos Aires: EJE, 1968;

SOUZA, Gelson Amaro de. Dever de declaração da incompetência absoluta e o mito da nulidade de todos os atos decisórios. In *Revista dos Tribunais*, n.º 833, março de 2005. São Paulo: Ed. RT;

SPALDING, Alessandra Mendes. *Direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5.º da CF inserido pela EC N. 45/2004*; In Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional N. 45/2004. Tereza Arruda Alvim Wambier et alli, coord. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005;

STORME, Marcel. *Rumbos del Proceso Civil en la Europa unificada*. Trabalho apresentado nas XVI Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual. Brasília, agosto/1998.

REZENDE, Cyro. *História Econômica Geral*. São Paulo: Editora Contexto, 2005;

TARUFFO, Michele. *Osservazioni sui Modelli Processuali di civil law e di common law*. Trabalho apresentado nas IV Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil. Salvador, 2001.

TARUFFO, Michele e HARZARD JUNIOR, Geoffrey. *Principles and rules of transnational civil procedure*. The American Law Institute. March 9th, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. Princípio da fungibilidade: rumo à deformalização do processo. In Bases Científicas para um renovado Direito Processual. Athos Gusmão Carneiro e Petrônio Calmon (org.). 2. ed. Salvador: Editora Jus Podivm;

TEIXEIRA, João Paulo Allain. *Racionalidade das decisões judiciais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *A criação do direito*. 2. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005;

_____. *Redimensionamento da coisa julgada*. Disponível em http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=446. Acesso em 17.08.2009

_____, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 3. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006;

TOMMASEO, Ferruccio. *Apunti di Diritto Processuale Civile*. 4ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2000;

VIEIRA, Oscar Vilhena. Entrevista ao jornal Tribuna do Direito, caderno livros, ano 15, n.º 169, maio de 2009, pp. 1-2, São Paulo-SP;

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant class action brasileira: limites propostos para o “Código de Processos Coletivos”*. In *Direito Processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Ada Pellegrini Grinover, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe (coord.). São Paulo: Editora RT;

WATANABE, Kazuo. *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC)*. Ajuris, Porto Alegre: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, v. 66, mar. 1996;

_____. *Demanda coletiva e os problemas emergentes da práxis forense*. In *Revista de Processo*, São Paulo, n.º 67, ano 17, p. 15-25, jul./set.1992;

_____. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987;

_____. *Relação entre demanda coletiva e demandas individuais*. In *Direito Processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Ada

Pellegrini Grinover, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe (coord.). São Paulo: Editora RT;

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999;

_____, *A execução e a efetividade do processo em relação à Fazenda*. In Direito Processual Público: a fazenda pública em juízo. Carlos Ari Sundfeld; Cássio Scarpinella Bueno. (Org.). São Paulo: Malheiros, 2003.

ZARIF, Cláudio Cintra. *Da necessidade de repensar o processo para que ele seja realmente efetivo*. In Processo e Constituição, estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, coord. São Paulo: RT, 2006;