

ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA
ADA PELLEGRINI GRINOVER
CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO

TEORIA GERAL DO PROCESSO

31^a EDIÇÃO,
revista e ampliada



**ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA
ADA PELLEGRINI GRINOVER
CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO**

TEORIA GERAL DO PROCESSO

Prefácio do
Prof. Luís Eulálio de Bueno Vidigal

*31^a edição,
revista e ampliada*

**MALHEIROS
EDITORES**

Teoria Geral do Processo

© Antonio Carlos de Araújo Cintra
Ada Pellegrini Grinover
Cândido Rangel Dinamarco

*9^a edição, 1^a tiragem: 08.1992; 2^a tiragem: 01.1993;
3^a tiragem: 07.1993; 10^a edição, 1994; 11^a edição, 1995;
12^a edição, 1996; 13^a edição, 1997; 14^a edição, 1998;
15^a edição, 1999; 16^a edição, 2000; 17^a edição, 2001;
18^a edição, 2002; 19^a edição, 2003; 20^a edição, 2004;
21^a edição, 2005; 22^a edição, 2006; 23^a edição, 2007;
24^a edição, 2008; 25^a edição, 2009; 26^a edição, 2010;
27^a edição, 2011; 28^a edição, 2012; 29^a edição, 2013; 30^a edição, 2014.*

ISBN 978-85-392-0277-5

*Direitos reservados desta edição por
MALHEIROS EDITORES LTDA.
Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171
CEP 04531-940 – São Paulo – SP
Tel.: (11) 3078-7205 – Fax: (11) 3168-5495
URL: www.malheiroseditores.com.br
e-mail: malheiroseditores@terra.com.br*

*Composição
PC Editorial Ltda.*

*Capa
Nadia Basso*

*Impresso no Brasil
Printed in Brazil
03.2015*

PREFÁCIO DA 1^a EDIÇÃO

Os jovens mestres de direito Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antonio Carlos de Araújo Cintra acabam de dar, com o preparo de seu curso de *Teoria Geral do Processo*, cumprimento a um dos principais deveres do professor.

A Faculdade de Direito de São Paulo sempre teve a ventura de contar, para seus alunos, com excelentes compêndios de direito processual. Desde meados do século passado até o presente foram eles dos melhores que já se publicaram no Brasil. Muito poucos livros de caráter institucional, no campo do processo, deixam de filiar-se à nossa escola. Se prescindirmos dos consagrados *Cursos* de Paula Baptista no século passado e de Lopes da Costa no presente, nenhum manual pôde, a seu tempo, ombrear-se com os de João Mendes Jr., João Monteiro, Manuel Aureliano de Gusmão, Gabriel de Rezende Filho, José Frederico Marques e Moacyr Amaral Santos.

A criação da nova disciplina Teoria Geral do Processo veio dar aos novos mestres o incentivo que faltou a seus antecessores. A excelência dos compêndios atenua, se não justifica, a falta de muitos, em que se inclui, vexado, o subscritor destas linhas.

A unificação, em uma só disciplina, dos estudos de direito processual civil e penal foi defendida, na Europa e no Brasil, por dois dos mais profundos e originais pensadores da matéria: Francesco Carnelutti e Joaquim Canuto Mendes de Almeida.

Debateu-se o primeiro, ao longo de sua fecunda existência, pela unificação, sem quebra de seu sistema de congruência monumental. Se o processo tem por escopo a composição da lide, é preciso caracterizar a lide e sua composição no processo penal. Que tarefa ingrata! Quais são as partes nesse conflito de interesses? O indiciado de um

lado, a vítima, de outro? O indiciado e o Estado? A vítima e o Estado? A Justiça Pública e o indiciado?

Quais são os interesses em antagonismo? O interesse do indiciado em sua liberdade e o do Estado em seu encarceramento? O interesse da vítima em obter reparação civil e moral e o do indiciado em não lha conceder? O do Estado em proteger a liberdade do cidadão e o do criminoso a querer purificar-se pela pena?

Todas as variantes foram exaustivamente estudadas e debatidas, a lembrar a deliciosa fábula do lavrador, o filho e o burro.

Os jovens autores deste livro pouco se detiveram – e fizeram muito bem – nessas indagações. O fato inegável é que há inúmeras matérias que são comuns ao processo civil e ao processo penal.

Sem falar nas noções fundamentais, a que os autores, em excelente introdução, deram especial atenção, e que muito bem se destinam a estudantes do segundo ano jurídico; cuidaram da natureza, fontes, eficácia no tempo e no espaço, interpretação da lei processual. Na segunda parte do livro, tratando da jurisdição, da competência, dos serviços auxiliares da justiça, do Ministério Público e do advogado, não se afastaram um instante de sua visão unitária do processo. O mesmo se pode dizer da parte final, dedicada ao processo, às formas processuais, aos atos processuais e às provas.

No capítulo referente às ações os jovens mestres mantêm-se unitaristas. Sustentam que a lide se caracteriza no processo penal pela pretensão punitiva do Estado em contraposição à pretensão do indiciado à sua liberdade.

Em todas as matérias versadas o novo compêndio mantém-se em alto nível científico. Os Mestres que o elaboraram, que tão cedo se demonstram dignos dos mais altos postos da carreira universitária, terão, estou certo, na consagração de seus alunos e no respeito de seus colegas o justo prêmio pelo bem-empregado esforço em prol do ensino de sua disciplina.

São Paulo, 1974

Prof. Luís Eulálio de Bueno Vidigal

APRESENTAÇÃO DA 30^a EDIÇÃO ***(Quarenta Anos da Teoria Geral do Processo)***

Esta trigésima edição da nossa *Teoria geral do processo*, que é um marco muito significativo de sua história de quarenta anos de vida e de reedições, constitui para nós, ao mesmo tempo, um motivo de muita alegria e orgulho e além disso uma oportunidade para reavaliar nossos pensamentos de tanto tempo atrás, dando asas à evolução dos ideais de justiça que já então nos alimentavam. Também nós somos hoje quarenta anos mais velhos e não mais aqueles “jovens mestres de direito” de que falou o mestre Luís Eulálio de Bueno Vidigal em seu “Prefácio” à primeira edição, no distante ano de 1974. Vivenciamos intensas mudanças não só na cultura desta nação e do mundo, mas também na ordem constitucional e nas leis do processo civil e do processo penal brasileiros. Acompanhamos de perto a evolução da jurisprudência, notadamente dos Tribunais Superiores, que têm sido uma fonte muito expressiva de interpretações do direito positivo processual e do direito substancial que flui pelas veias do processo, constituindo hoje um poderoso fator de segurança para os profissionais do foro e, para nós cultores da ciência processual, uma fonte de sucessivos convites a aperfeiçoarmos nosso próprio pensamento.

As mudanças que presenciamos e vivenciamos, quando vistas por uma perspectiva sistemática de conjunto, constituem projeções das notórias *três ondas renovatórias* de que veio Mauro Cappelletti falando desde os anos setenta. Elas foram ao mesmo tempo fruto de uma tomada de consciência cultural pela necessidade de adaptar o processo às realidades da vida de hoje e também uma alavanca propulsora da busca de soluções satisfatórias segundo os anseios da nova sociedade destas últimas décadas. A primeira dessas ondas, de abertura dos canais de *acesso à justiça*, chegou ao processo civil brasileiro mediante o grande impacto causado pela Lei das Pequenas Causas, do ano de 1984 e fortemente inclinada a dar apoio à população carente de recursos, um pouco à moda

das disposições integradas ao *direito dos pobres* da ordem jurídica alemã (*Armenrecht*). A primeira onda prosseguiu com a substituição dessa lei pela Lei dos Juizados Especiais e pela Lei dos Juizados Federais, ambas portadoras de significativas ampliações do âmbito de incidência das novas normas trazidas pela primeira delas. A segunda onda renovatória, sempre na linha de Cappelletti, consistiu em uma novidade de imenso significado para o bom aproveitamento do processo e busca de soluções de grande utilidade social – e essa foi a onda representada pela abertura à *tutela coletiva*, superando-se o individualismo exclusivista até então dominante no Código de Processo Civil e na mente dos operadores do direito. Esse segundo impacto foi representado em primeiro lugar pela promulgação da Lei da Ação Civil Pública, no ano de 1985, e depois pelo Código de Defesa do Consumidor, de intensa utilização perante os tribunais brasileiros. A terceira onda chegou sem um momento pontual de particular impacto mas mediante sucessivas leis de *reforma interna* do processo penal e do processo civil mediante a implantação de técnicas antes não conhecidas e não praticadas, todas visando à otimização do processo como instrumento de realização da justiça. No processo civil ocupam lugar de extraordinário destaque a tutela das obrigações específicas e a tutela antecipada, e no penal o tratamento das medidas cautelares, substitutivas da prisão preventiva.

Nesse quadro de mudanças é natural que também nossos espíritos hajam sido atingidos pelas *três ondas*, e não somente as nossas leis. A cultura processual mudou, seja no específico âmbito brasileiro, seja no plano mais amplo dos países de cultura processual romano-germânica – cujos sistemas, aliás, cada vez mais se aproximam ao processo próprio dos países anglo-saxões. Mudando a cultura, caminhamos também nós em busca da plena efetivação dos resultados dessas ondas em nosso processo. Assim como em biologia as células se renovam sem descaracterização da identidade do corpo em que elas se agregam, assim também aconteceu com os juristas empenhados em uma perene atualização. Mantemos a estrutura nuclear de nossos princípios e de nossos dogmas, mantemos a nossa identidade resultante da formação que herdamos dos nossos Mestres, mas as células de nosso pensamento processualístico já não são as mesmas daquele distante início. Agora são aquelas acrescentadas à nossa cultura e aos nossos espíritos pelas grandes reformas da sociedade, do direito e do processo.

Justamente nesse quadro de intensas mudanças, buscamos aprimorar nossa consciência da profunda *interação entre o direito e o processo*, que desaconselha visões obcecadamente voltadas a este e à sua

autonomia perante aquele, levando os legítimos pensadores do direito à curiosidade por desvendar os modos como ambos podem ser mais bem aproveitados e canalizados ao objetivo de produzir justiça. Com isso pudemos transpor com maior proficiência as clássicas barreiras tradicionalmente postas entre o plano substancial e o processual do ordenamento jurídico, afastando-nos sempre mais e mais da condição de meros técnicos dos mecanismos processuais, que nunca fomos, para nos apresentarmos agora como autênticos críticos da dinâmica dos direitos que pela via do processo se visa a efetivar.

É com esse espírito que, tolhidos pelas realidades do tempo, nos animamos a renovar também a nossa *Teoria geral do processo*, para que possa refletir o que hoje pensamos nós e sobretudo o que hoje pensa o processualista moderno. Queremos um processo umbilicalmente aderente à *realidade social* dos conflitos, das angústias dos particulares e grupos nele envolvidos, e capaz de produzir resultados práticos da maior abrangência possível e portadores das soluções mais coerentes com os valores da nossa sociedade. E também devemos saber que o *processo justo e equo*, de que falam os modernos pensadores, é aquele que, seguindo pelas trilhas do devido processo legal, melhores condições reúna para produzir *resultados justos e equos*. Cultivamos pois, agora com redobrada ênfase, o método do *processo civil de resultados*, no qual deve preponderar soberano o trinômio representado pela *efetividade*, pela *tempestividade* e pela *adequação* das tutelas jurisdicionais que ele se propõe oferecer aos indivíduos e grupos (Kazuo Watanabe).

Pois é precisamente essa postura cultural e metodológica que agora nos leva a ver a teoria geral do processo com olhos diferentes daqueles nossos próprios olhos de quarenta anos atrás. Ao nos propormos a essa reforma de nossa alcandorada criatura, estamos conscientes da severa advertência de Carnelutti de que *ninguém pensa sozinho*, ainda quando creia estar pensando sozinho. Nós somos o fruto de uma cultura construída paulatinamente pelos grandes pensadores do passado e do presente, e as propostas que então fazíamos e agora fazemos de modo mais enfático não são senão passos de uma longa e interminável caminhada começada não se sabe bem quando nem como, e que também não se sabe com precisão onde nos levará. A todo pensador é imperioso dar-se conta, ouvindo a sábia observação de Miguel Reale, de que “a categoria do passado só existe enquanto há possibilidade de futuro, o qual dá sentido ao presente, que em passado se converte”.

É com esse espírito que nos alegramos agora em apresentar esta nova versão da *Teoria geral do processo*, que tudo fazemos para que seja

também uma nova versão dos nossos pensamentos já incipientes quando da primeira edição. O *núcleo central* permanece, que é a proposta de uma *condensação metodológica* dos preceitos e estruturas inerentes a cada um dos ramos do direito processual, em busca de pontos de convergência responsáveis pela integração harmoniosa de todos eles em um só sistema. O que muda são as *técnicas* aplicadas na busca da otimização da ordem processual, sempre inspiradas por aquelas ideias novas e legitimamente portadoras de soluções destinadas a dar-lhes efetividade. Mantém-se o *estilo didático* de uma obra que é prioritariamente endereçada àqueles que se iniciam na ciência do processo, mas sempre com a ambição e a esperança de que possam também servir aos profissionais já consumados, mediante a explicitação daquelas ideias e convite a raciocinar em torno delas.

Os pontos de maior destaque nessa nova versão podem assim ser relacionados: a) a *instrumentalidade do processo* em relação a superiores valores sociais e políticos da nação; b) a definição da *pacificação de litigantes* como o escopo magno da jurisdição; c) o culto àqueles valores mediante uma íntima aderência aos princípios e garantias integrantes da *tutela constitucional do processo*; d) a fidelidade ao *contexto social* mediante a maior aderência possível às concretas realidades subjacentes ao processo; e) a valorização dos *meios alternativos de solução de conflitos*, notadamente a conciliação, a mediação e a arbitragem; f) a ênfase à *tutela jurisdicional coletiva* mediante exposição do espírito que a norteia e das técnicas aplicadas à sua efetivação; g) ênfase, também, ao novo papel do juiz no desenho institucional do Estado, particularmente mediante as aberturas para sua participação no controle e intervenção em *políticas públicas*; h) a valorização do conceito e prática das *tutelas jurisdicionais diferenciadas*, como elemento de aceleração da produção dos resultados desejados do sistema processual; i) a busca da máxima *desformalização* dos procedimentos e dos atos que os compõem; j) o correto enquadramento das nulidades processuais mediante acentuada valorização do princípio da *instrumentalidade das formas*; k) o destaque à importância dos *resultados do processo*, segundo os valores inerentes à cultura da nação e as angustiosas realidades de cada conflito posto perante os juízes; l) a atenção à função dos Tribunais Superiores e da autoridade de sua jurisprudência, com tônica no julgamento de recursos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça.

Pelo aspecto puramente técnico encorajamo-nos a rever a teoria das condições da ação, abrindo caminhos para excluir desse âmbito a *impos-*

sibilidade jurídica do pedido e tratando-a como motivo para a improcedência da demanda. Também procuramos conciliar com os tradicionais conceitos herdados de uma cultura multissecular do processo as inovações trazidas ao processo civil brasileiro pela *Lei do Cumprimento de Sentença*, portadora de novas estruturas processuais e novos conceitos muito polêmicos e ainda não bem delineados com segurança na doutrina nem nos tribunais. Procuramos ainda explicar convenientemente o ainda mal explicado tema das *medidas urgentes*, praticamente renunciando à obcecada busca de uma possível distinção substancial entre as cautelares e as antecipatórias de tutela jurisdicional, todas elas integrantes de uma só e única disciplina comum.

Com esse renovado conteúdo esperamos atender às necessidades dos estudiosos do processo segundo as perspectivas da ciência e da experiência hodiernas, e com isso prosseguir contando com a boa aceitação dessa obra, que é um estimulante motivo de nosso justo orgulho e da qual já foram tirados quase seiscentos mil exemplares ao longo das vinte e nove edições precedentes. Nossos nomes estão indelevelmente ligados a essa nossa obra conjunta, que foi um dos primeiros passos significativos de nossas carreiras de estudiosos do processo. Temos a consciência de que, ao longo desses quarenta anos, tudo que viemos a produzir no desenvolvimento da ciência que abraçamos tem sido desdobramento das ideias aqui plantadas desde o início. As releituras que agora propomos são realmente meras *releituras*, que, antes de constituírem um abandono das nossas ideias iniciais, são a reafirmação do que nelas havia de substancial, agora com as roupagens impostas por tudo quanto de lá para cá aconteceu na dinâmica evolutiva da nossa ciência.

Diante desses acontecimentos do passado e de nossas esperanças quanto ao futuro de nossa *Teoria geral*, cumprimos também, com muita satisfação, o dever de manifestar nossa profunda gratidão ao público leitor que nos prestigiou desde o início, lendo o que escrevemos, aprendendo o que tivermos sido capazes de ensinar, citando o que leram em seus estudos e trabalhos profissionais. Outro preito de profunda gratidão é também devido ao prof. Flávio Luiz Yarshell e ao dr. Camilo Zufelato, que muito nos honraram com a iniciativa de organizar, coordenar e fazer publicar uma coletânea de ensaios em homenagem ao nosso livro, com a denominação *40 anos de teoria geral do processo no Brasil* (São Paulo, Malheiros Editores, 2013). A vocês e aos colegas que nos prestigiam com seus trabalhos e o carinho de sua amizade, nosso comovido reconhecimento. Registramos também que nada disso teria sido como foi

se não tivéssemos tido o apoio dos editores e amigos Álvaro e Suzana Malheiros, com quem estamos desde a primeira edição da *Teoria geral*. Sua extrema competência e o carinho com que desde o início tratam a nossa obra é um significativo fator do nosso sucesso.

NOTA À 31^a EDIÇÃO

Os artigos citados na obra, salvo menção expressa, referem-se ao CPC de 1973, ainda em vigor, uma vez que os originais desta edição foram preparados antes da sanção do novo Código, que se encontra em período de *vacatio legis*.

Os Autores

SUMÁRIO

Prefácio da 1 ^a Edição	5
Apresentação da 30 ^a Edição (Quarenta Anos da Teoria Geral do Processo)	7
Nota à 31 ^a Edição	13

PRIMEIRA PARTE – INTRODUÇÃO

Capítulo 1 – A TEORIA GERAL DO PROCESSO E A SOLUÇÃO DE CONFLITOS

1. teoria geral do processo	29
2. solução de conflitos e as tutelas jurisdicionais adequadas	32

Capítulo 2 – SOCIEDADE E TUTELA JURÍDICA

3. sociedade e direito	40
4. conflitos e insatisfações	41
5. da autotutela à jurisdição	41
6. a função estatal pacificadora (jurisdição)	45
7. meios alternativos de solução de conflitos (pacificação social) ...	46
8. autotutela, autocomposição e arbitragem no direito moderno	51
9. controle jurisdicional indispensável (a regra <i>nulla pæna sine iudicio</i>)	53
10. acesso à justiça pelo processo estatal	55
11. acesso à justiça pelos meios alternativos	58

Capítulo 3 – O PROCESSO E O DIREITO PROCESSUAL

12. as funções do Estado moderno	60
13. legislação e jurisdição	61
14. direito material e direito processual	63

15. a instrumentalidade do processo	64
16. linhas evolutivas	65

*Capítulo 4 – DENOMINAÇÃO,
POSIÇÃO ENCICLOPÉDICA
E DIVISÃO DO DIREITO PROCESSUAL*

17. denominação	70
18. posição enciclopédica do direito processual	71
19. divisão do direito processual	72

*Capítulo 5 – PRINCÍPIOS GERAIS
DO DIREITO PROCESSUAL*

20. conceito	74
21. princípio da imparcialidade do juiz	76
22. princípio da igualdade	77
23. princípios do contraditório e da ampla defesa	79
24. princípio da ação – processos inquisitivo e acusatório	81
25. princípios da disponibilidade e da indisponibilidade	84
26. princípio dispositivo e princípio da livre investigação das provas – a verdade real e a chamada verdade formal	88
27. princípio do impulso oficial	90
28. princípio da oralidade	91
29. princípio da persuasão racional do juiz	91
30. a exigência de motivação das decisões judiciais	92
31. princípio da publicidade	93
32. princípio da lealdade processual	95
33. princípios da economia e da instrumentalidade das formas	97
34. princípio do duplo grau de jurisdição	98
34-A. O princípio da proporcionalidade	101

*Capítulo 6 – DIREITO PROCESSUAL
CONSTITUCIONAL*

35. processo e Constituição	103
36. direito processual constitucional	104
37. tutela constitucional do processo	105
38. acesso à justiça	106
39. as garantias do devido processo legal	107
40. as garantias processuais da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José de Costa Rica)	110
41. as garantias do processo administrativo	113

*Capítulo 7 – NORMA PROCESSUAL:
OBJETO E NATUREZA*

42. norma material e norma instrumental	117
43. objeto da norma processual	118
44. natureza da norma processual	119

Capítulo 8 – FONTES DA NORMA PROCESSUAL

45. fontes de direito em geral	121
46. fontes abstratas da norma processual	122
47. fontes concretas da norma processual	123

*Capítulo 9 – EFICÁCIA DA LEI PROCESSUAL
NO ESPAÇO E NO TEMPO*

48. dimensões da norma processual	126
49. eficácia da norma processual no espaço	126
50. eficácia da norma processual no tempo	127

*Capítulo 10 – INTERPRETAÇÃO
DA LEI PROCESSUAL*

51. interpretação da lei, seus métodos e resultados	130
52. interpretação e integração	131
53. interpretação e integração da lei processual	132

*Capítulo 11 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA
DO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO*

54. continuidade da legislação lusa	134
55. o Regulamento 737	136
56. instituição das normas	137
57. competência para legislar	137
58. reforma legislativa	138
59. Código de Processo Civil	139
59-A. o Código de Processo Civil de 2015	142
60. a reforma processual penal	150
61. leis modificativas dos Códigos vigentes – as <i>minirreformas</i> do Código de Processo Civil	152
62. leis modificativas dos Códigos vigentes – Código de Processo Penal	153
63. modificações no processo trabalhista	154
64. a Constituição de 1988 e o direito anterior	154

65. evolução doutrinária do direito processual no Brasil – o papel de Liebman e a tendência instrumentalista moderna	157
66. linhas evolutivas do direito processual no Brasil	160

SEGUNDA PARTE – JURISDIÇÃO

Capítulo 12 – JURISDIÇÃO: CONCEITO E PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

67. conceito de jurisdição	165
68. caráter substitutivo	166
69. escopo jurídico de atuação do direito	167
70. outras características da jurisdição (lide, inércia, definitividade)	168
71. jurisdição, legislação, administração	170
72. princípios inerentes à jurisdição estatal	171
73. dimensões da jurisdição	174
74. poderes inerentes à jurisdição	175

Capítulo 13 – ESPÉCIES DE JURISDIÇÃO

75. unidade da jurisdição estatal	176
76. jurisdição estatal e jurisdição arbitral	176
77. jurisdição penal ou civil	177
78. relacionamento entre jurisdição penal e civil	178
79. jurisdição especial ou comum	181
80. jurisdição superior ou inferior	182
81. jurisdição de direito ou de equidade	183

Capítulo 14 – LIMITES DA JURISDIÇÃO

82. generalidades	184
83. limites internacionais	184
84. limites internacionais de caráter pessoal	185
85. limites internos	186

Capítulo 15 – JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

86.administração pública de interesses privados	188
87.jurisdição voluntária	189
88.jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária	190

Capítulo 16 – PODER JUDICIÁRIO: FUNÇÕES, ESTRUTURA E ÓRGÃOS

89. conceito	193
--------------------	-----

90. funções do Poder Judiciário e função jurisdicional	194
91. órgãos da jurisdição	196
92. órgãos não jurisdicionais – o Conselho Nacional de Justiça, as Ouvidorias de Justiça e as Escolas da Magistratura	197

*Capítulo 17 – A INDEPENDÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO
E SUAS GARANTIAS*

93. a independência do Poder Judiciário	199
94. as garantias do Poder Judiciário como um todo	200
95. as garantias dos magistrados	201
96. garantias de independência	201
97. impedimentos como garantia de imparcialidade	202

*Capítulo 18 – ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA: CONCEITO,
CONTEÚDO, COMPETÊNCIA LEGISLATIVA*

98. conceito	204
99. competência legislativa	205
100. conteúdo da organização judiciária	206
101. Magistratura	207
102. duplo grau de jurisdição	208
103. composição dos juízos	209
104. divisão judiciária	209
105. épocas para o trabalho forense	210

*Capítulo 19 – ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA:
A ESTRUTURA JUDICIÁRIA NACIONAL*

106. a Constituição e a estrutura judiciária nacional	212
---	-----

*Capítulo 20 – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
E SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA*

107. órgãos de superposição	215
108. Supremo Tribunal Federal: funções institucionais	216
109. graus de jurisdição do Supremo Tribunal Federal	218
110. ingresso, composição e funcionamento (STF)	219
111. Superior Tribunal de Justiça: funções institucionais e competência	220
112. ingresso, composição e funcionamento (STJ)	221

Capítulo 21 – ORGANIZAÇÃO DAS JUSTIÇAS ESTADUAIS

113. fontes	223
-------------------	-----

114. duplo grau de jurisdição – a composição dos tribunais	224
115. divisão judiciária – os juízos de primeiro grau	225
116. classificação das comarcas	225
117. a carreira da Magistratura: os cargos	226
118. a carreira da Magistratura: ingresso, vitaliciamento, promoções e remoções	226
119. Justiça Militar estadual	228

Capítulo 22 – ORGANIZAÇÃO DA JUSTIÇA DA UNIÃO

120. as Justiças da União	229
121. organização da Justiça Federal (comum)	229
122. organização da Justiça Militar da União	231
123. organização da Justiça Eleitoral	232
124. organização da Justiça do Trabalho	233

Capítulo 23 – SERVIÇOS AUXILIARES DA JUSTIÇA

125. órgãos principais e órgãos auxiliares da Justiça	237
126. classificação dos órgãos auxiliares da Justiça	239
127. auxiliares permanentes da Justiça	239
128. auxiliares eventuais da Justiça (órgãos de encargo judicial)	242
129. auxiliares eventuais da Justiça (órgãos extravagantes)	243
130. fé pública	244

Capítulo 24 – MINISTÉRIO PÚBLICO

131. noção, funções, origens	245
132. Ministério Público e Poder Judiciário	246
133. princípios	248
134. garantias	249
135. impedimentos e mecanismos de controle	250
136. órgãos do Ministério Público da União	251
137. órgãos do Ministério Público estadual	252
138. Conselho Nacional do Ministério Público	254

Capítulo 25 – O ADVOGADO

139. noções gerais	256
140. Defensoria Pública	257
141. a Advocacia-Geral da União	258
142. natureza jurídica da advocacia	259
143. abrangência da atividade de advocacia e honorários	260
144. deveres e direitos do advogado	261

145. Ordem dos Advogados do Brasil	262
146. exame de Ordem e estágio	264

**CAPÍTULO 26 – COMPETÊNCIA: CONCEITO,
ESPÉCIES, CRITÉRIOS DETERMINATIVOS**

147. conceito	266
148. distribuição da competência	267
149. órgãos judiciários diferenciados	267
150. elaboração dos grupos de causas	269
151. dados referentes à causa	270
152. dados referentes ao processo	272
153. atribuição das causas aos órgãos	272

Capítulo 27 – COMPETÊNCIA ABSOLUTA E RELATIVA

154. prorrogação da competência	277
155. causas de prorrogação da competência	280
156. prorrogação da competência e prevenção	281
157. deslocamento da competência	282

TERCEIRA PARTE – AÇÃO E EXCEÇÃO

Capítulo 28 – AÇÃO: NATUREZA JURÍDICA

158. conceito	285
159. teoria imanentista	285
160. a polêmica Windscheid-Muther	286
161. a ação como direito autônomo	286
162. a ação como direito autônomo e concreto	286
163. a ação como direito autônomo e abstrato	287
164. a ação como direito autônomo, em outras teorias	288
165. a doutrina de Liebman	289
166. apreciação crítica das várias teorias	289
167. natureza jurídica da ação	291
168. ação penal	292
169. condições da ação	294
170. carência de ação	298
171. identificação da ação ou da demanda	298

Capítulo 29 – CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES

172. classificação das ações	303
------------------------------------	-----

173. classificações tradicionais	304
174. classificação da ação penal: critério subjetivo	305
175. classificação das ações trabalhistas – os dissídios coletivos	306

Capítulo 30 – EXCEÇÃO: A DEFESA DO RÉU

176. bilateralidade da ação e do processo	310
177. exceção	310
178. natureza jurídica da exceção	312
179. classificação das exceções	313

QUARTA PARTE – PROCESSO

**CAPÍTULO 31 – NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO
(PROCESSO, RELAÇÃO JURÍDICA,
CONTRADITÓRIO, PROCEDIMENTO)**

180. processo e procedimento	317
181. teorias sobre a natureza jurídica do processo	318
182. o processo como relação jurídica	320
183. o processo como situação jurídica	321
184. natureza jurídica do processo	322
185. o processo como procedimento em contraditório	325
186. legitimação pelo procedimento e pelo contraditório	325
187. relação jurídica processual e relação material	326
188. sujeitos da relação jurídica processual	327
189. objeto da relação processual	328
190. pressupostos da relação processual (pressupostos processuais) ...	329
191. características da relação processual	330
192. autonomia da relação processual	332
193. início e fim do processo	332
194. classificação dos processos	333

*Capítulo 32 – PROCESSO
OU FASE DE CONHECIMENTO*

195. conceito	336
196. sentença meramente declaratória	337
197. sentença condenatória	339
198. sentença constitutiva	339
199. a proposta de uma classificação quíntupla das sentenças e dos processos de conhecimento	340

200. início da eficácia da sentença	341
201. coisa julgada	342
202. limites objetivos da coisa julgada	345
203. limites subjetivos da coisa julgada	347

*Capítulo 33 – EXECUÇÃO
E PROCESSO DE EXECUÇÃO*

204. execução – conceito geral	352
205. título executivo	353
206. execução civil – conceito e distinções	353
207. o título executivo e o inadimplemento na execução civil	354
208. processo de execução (por título extrajudicial) e fase de cumprimento de sentença	355
209. competência para a execução civil	356
210. espécies de execução civil	357
211. liquidação de sentença	358
212. as oposições do devedor (embargos à execução ou impugnação ao cumprimento de sentença)	359
213. execução provisória	360
214. execução penal	361

*Capítulo 34 – PROCESSO CAUTELAR,
MEDIDAS URGENTES E SUMARIEDADE*

215. o tempo, os direitos e a promessa constitucional de tutela jurisdicional tempestiva	364
216. as medidas urgentes no direito positivo brasileiro (cautelares e antecipadas)	365
217. cautelares preparatórias ou incidentes – o processo cautelar	367
218. análoga regência das medidas antecipatórias	368
219. competência	368
220. os requisitos fundamentais – <i>fumus boni juris e periculum in mora</i> – cognição sumária	369
221. reversibilidade e revogabilidade	370
222. propositura da demanda principal em trinta dias	371
223. medidas nominadas ou inominadas (atípicas) – o poder geral de cautele e o poder geral de antecipação	371
224. liminares – concessão <i>inaudita altera parte</i> ou após breve justificação	372
225. antecipação de tutela recursal	373
226. as cautelares no processo penal	373

Capítulo 35 – PROCESSO COLETIVO

227. interesses coletivos	376
228. a dimensão social da defesa dos interesses difusos	377
229. configuração política dos interesses difusos	377
230. necessidade de tutela jurisdicional dos interesses difusos ou coletivos	378
231. a tutela jurisdicional dos interesses transindividuais no Brasil	379
232. interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos	380
233. legitimidade, eficácia metaindividual da sentença, coisa julgada e outras técnicas dos processos coletivos brasileiros	381
234. coletivização das ações individuais	383
234-A. um novo processo para o controle jurisdicional de políticas públicas	384

Capítulo 36 – SUJEITOS DO PROCESSO

235. generalidades	387
236. o juiz	388
237. demandante e demandado	389
238. litisconsórcio	389
239. intervenção de terceiro	390
240. o advogado	390
241. Ministério Público	392

*Capítulo 37 – ATOS PROCESSUAIS:
CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO*

242. fatos e atos processuais	395
243. classificação dos atos processuais	396
244. atos processuais do juiz (atos judiciais)	397
245. atos dos auxiliares da Justiça	398
246. atos processuais das partes	398
247. atos processuais simples e complexos	400
248. documentação do ato processual	401

*Capítulo 38 – FORMAS PROCESSUAIS
– PROCEDIMENTO*

249. o sistema da legalidade das formas	404
250. as exigências quanto à forma	405
251. o lugar dos atos do procedimento	406
252. o tempo dos atos do procedimento	406

253. o modo do procedimento e dos seus atos	408
254. o modo do procedimento (linguagem): procedimento escrito, oral e misto	408
254-A. a nova oralidade: o procedimento eletrônico	411
255. o modo do procedimento: atividade e impulso processual	413
256. o modo do procedimento: o rito	415

*Capítulo 39 – DEFEITOS
DO ATO PROCESSUAL*

257. inobservância da forma	418
258. nulidade	419
259. decretação da nulidade	421
260. nulidade absoluta e nulidade relativa	422
261. inexistência jurídica do ato processual	423
262. convalidação do ato processual	424

*Capítulo 40 – PROVA: CONCEITO, DIREITO À PROVA,
DISCRIMINAÇÃO, ÔNUS E VALORAÇÃO*

263. conceito de prova e temário geral do direito probatório	426
264. conceito de prova	427
265. direito à prova e suas limitações	427
266. provas ilícitas	429
267. fontes e meios de prova	432
268. objeto da prova	433
269. destinatários da prova	433
270. ônus da prova	434
271. inversão do ônus da prova	435
272. o poder judicial de iniciativa probatória	436
272-A. valoração da prova	437

Capítulo 41 – RECURSOS E AÇÕES DE IMPUGNAÇÃO

273. direito ao reexame de decisões	439
274. recursos – três acepções do vocábulo	440
275. requisitos de admissibilidade dos recursos	442
276. mérito do recurso	442
277. requisitos de admissibilidade dos recursos – as condições da ação	443
278. requisitos de admissibilidade dos recursos – os pressupostos processuais	446
279. pressupostos positivos	447

280. pressupostos negativos	448
281. juízo de admissibilidade e juízo de mérito – conceitos e distinção – o objeto do juízo de admissibilidade	450
282. juízo de admissibilidade – competência e efeitos	450
283. efeitos dos recursos	451
284. os recursos em espécie	452
285. tipicidade e unicidade recursais	454
286. unirrecorribilidade	454
287. ação rescisória e revisão criminal: objeto	455
288. condições da ação rescisória e da revisão criminal	456
289. o objeto do processo da ação rescisória e da revisão – juízo rescindente e juízo rescisório	457
290. o processo da ação rescisória e da revisão criminal – pressupostos processuais	458
291. diferenças entre rescisão e revisão: prazo decadencial e <i>reformatio in pejus</i> indireta	460
292. outros meios de impugnação das decisões	461
293. mandado de segurança contra atos jurisdicionais	461
294. <i>habeas corpus</i>	463
bibliografia geral	467

PRIMEIRA PARTE

INTRODUÇÃO

CAPÍTULO I

A TEORIA GERAL DO PROCESSO E A SOLUÇÃO DE CONFLITOS

1. teoria geral do processo

Teoria geral do processo é um sistema de conceitos e princípios elevados ao grau máximo de generalização útil e condensados indutivamente a partir do confronto dos diversos ramos do direito processual. É também, por outro aspecto, a condensação metodológica dos princípios, conceitos e estruturas desenvolvidos setorialmente com vista a cada um desses ramos, considerados aqueles em seus respectivos núcleos essenciais e comuns a todos eles, sem descer às peculiaridades de cada um. Ela transcende a dogmática processual, não lhe sendo própria a indagação ou formulação de regras ou normas de direito positivo. Por isso mesmo tende à universalização, superando as limitações espaço-temporais do direito positivo. O estudo da teoria geral do processo enfoca preponderantemente o plano puramente abstrato das construções sistemáticas, com referências ao direito positivo mas sem postular uma imaginária, utópica e por certo inconveniente uniformização legislativa.

Essa conceituação abre caminho às indagações acerca do *âmbito* da teoria geral do processo, ou seja, da delimitação do grau de universalização desejável e metodologicamente útil e legítima. A máxima abrangência a que se pode chegar é a que postula a inclusão nessa teoria geral dos diversos ramos do direito processual *jurisdicional* (civil, penal, trabalhista, arbitral) e mesmo do *não jurisdicional*, representado pelo direito processual administrativo, pelo direito processual legislativo, pelo eleitoral e mesmo pelo processo de certas entidades intermediárias entre o Estado e os indivíduos (partidos políticos, sociedades civis ou empresárias, clubes, associações). Sempre que se trate de procedimentos realizados mediante o exercício de *poder* por um agente que se sobreponha aos demais, ali se tem *processo* e não mero procedimento, legitimando-

-se pois sua inserção no âmbito da teoria geral do processo. A referência ao *poder* como centro de emanação de decisões imperativas é o elemento de convergência responsável pela imposição das garantias constitucionais do processo, notadamente a do *devido processo legal*, entendido como sistema de limitações ao exercício do poder, a do *juiz natural*, a do dever de *imparcialidade e impessoalidade*, a do *contraditório* e a da *igualdade*. Tais garantias não têm pertinência aos *negócios jurídicos* – e daí a improcedibilidade metodológica da assimilação destes à teoria geral do processo, como chegou a ser proposto por parte da doutrina.

A ideia da assimilação dos negócios jurídicos à teoria geral do processo foi repelida e não obteve progresso na doutrina em geral porque, embora muitos negócios se realizem mediante procedimentos estabelecidos em lei ou contrato, as atividades e as relações entre os sujeitos contratantes apoiam-se na *autonomia da vontade* e não em um suposto *poder*, com a sujeição jurídica de algum sujeito às decisões ou imposições de outro. Processo haverá, sim, e portanto uma ligação à teoria geral do processo, nas atividades que antecedem certos negócios jurídicos, como é o caso das *licitações* realizadas pelo Poder Público em preparação da celebração de contratos com o particular (concessão de serviços públicos, aquisição de bens materiais etc.).

São duas as *premissas* de maior abrangência e vigor metodológico inerentes à teoria geral do processo.

A *primeira* delas colhe-se no plano político-constitucional regente de todas as instituições do país, inclusive aquelas contidas no plano do processo, e é representada pelo *direito processual constitucional*. Dele emanam e a ele devem convergir todas as colocações dogmáticas ou conceituais referentes a todos os ramos do processo. A *tutela constitucional do processo*, que integra o direito processual constitucional, é um seguríssimo escudo metodológico destinado a assegurar ao exercício do poder (inclusive no plano jurisdicional) os indispensáveis predicados da segurança, da confiabilidade e sobretudo do compromisso com a busca da justiça em casos concretos (*infra*, n. 37).

A *segunda* dessas premissas metodológicas consiste na *instrumentalidade* de todo o sistema processual a certos objetivos que devem comandá-lo. No tocante ao exercício da jurisdição, revela a doutrina que o *escopo magno* a ser perseguido é o da pacificação de sujeitos ou grupos em litígio, mediante a solução de seus *conflictos*. Esse é o mais profundo e mais expressivo *escopo social* da jurisdição. Existem ainda outros escopos a serem atuados mediante o exercício desta, não tão dominantes e

não centrais como esse, entre os quais o da *educação* para o exercício de direitos e respeito aos direitos alheios (um *escopo social*), o da preservação de *direitos fundamentais* e o da *participação* nos designios políticos do Estado e da nação (*escopos políticos*), o da *atuação da vontade da lei* em casos concretos (*escopo jurídico*) – mas, por uma legítima e imprescindível perspectiva teleológica e funcional, ao centro de todo o sistema deve ser visto e considerado esse escopo de pacificação mediante solução de conflitos. Tal é a razão de ser de todo o sistema processual, de suas normas, de seus institutos, de suas estruturas operacionais.

Sempre a partir do que vem dos ramos específicos do direito processual e sempre mediante uma condensação metodológica do que neles se contém, chega-se ao *objeto material* dessa ciência envolvente que é a teoria geral do processo. Como todo ramo do direito e também como toda ciência, essa teoria geral incide sobre certos *institutos fundamentais* ou categorias jurídicas constantes em todo o campo da processualidade, incluindo a processualidade administrativa (*infra* n. 41). Conhecer o processo e conhecer sua teoria geral é estar consciente de que toda essa ciência gira em torno da *jurisdição* exercida pelo juiz, da *ação* que o demandante exerce ao provocar o exercício da jurisdição, da *defesa* que o demandado tem o direito de opor à pretensão do demandante e do *processo* mediante o qual o juiz exerce a jurisdição, o autor exerce a ação e o réu, a defesa. Esses são os institutos fundamentais da nossa ciência.

Segundo algumas opiniões muito respeitáveis, porém, esses conceitos ligados à jurisdição aplicam-se exclusivamente ao processo jurisdicional estatal e ao processo arbitral (adiante, n. 8). Essa corrente considera de natureza jurisdicional outros meios adequados de solução de conflitos, como a mediação e a conciliação judiciais, porque também são instrumentos pelos quais se atinge o acesso à justiça visam a pacificar com justiça. Segundo essa corrente, em relação à chamada *Justiça conciliativa* (*mediação e conciliação judiciais*), as noções acima devem ser adaptadas, como se verá adiante, ao tratar da jurisdição (*infra*, cap. 12). Preferimos, porém, considerar esses instrumentos *equivalentes jurisdicionais*, pelo simples motivo de que o conciliador e o mediador não exercem poder algum, nada julgam e nada impõem aos litigantes. No entanto, é dever do Estado implantar e manter os meios consensuais de acesso à justiça e pacificação, que se inserem num amplo quadro da política judiciária.

Assim determinou a Resolução n. 125, de 29.11.2010, do Conselho Nacional de Justiça e, agora, o novo Código de Processo Civil.

Com sua dimensão apta a estender-se até aonde vai o exercício do *poder* e com esse *objeto* que é comum a todos os ramos do direito processual, a teoria geral do processo apresenta uma grande potencialidade de gerar a percepção de que há certas normas de direito positivo e certos princípios que, conquanto formalmente abrigados em cada um desses ramos, propagam-se aos demais, como verdadeiras *normas gerais de processo*. É o caso do direito de não ser obrigado a *fazer prova contra si mesmo*, amplamente reconhecido no processo penal, que com facilidade se propaga ao processo civil. Também se entende que o princípio da *substanciação*, regente da causa de pedir tanto lá quanto cá, se propaga do Código de Processo Penal, onde está positivado (art. 383), para aplicar-se de igual modo ao processo civil *etc.* Inversamente, o processo penal recepciona muitas normas contidas no Código de Processo Civil mas que na realidade são normas gerais de processo, como as que dispõem sobre condições da ação (CPC, art. 267), pressupostos processuais, exaurimento da competência do juiz a partir da prolação da sentença de mérito (art. 463), dever de dar solução a todo conflito posto em juízo, sendo proibido o *non liquet* (art. 126), *etc.* Assim como normas ditadas no Código de Processo Civil com vista à execução por título extrajudicial transmigram ao sistema de cumprimento de sentença (art. 475-R) e assim como a própria execução civil se pauta por normas instituídas para o processo de conhecimento na medida do que for compatível (art. 598), assim também preceitos contidos no Código de Processo Civil vão ao processo penal e vice-versa, chegando também ao trabalhista e ao administrativo. Essa movimentação de preceitos no âmbito do direito processual como um todo constitui um verdadeiro *diálogo das fontes* do qual só se pode ter perfeita consciência na medida em que se reconheça que a teoria do processo é uma só, a saber, a *teoria geral do processo*.

2. *solução de conflitos e as tutelas jurisdicionais adequadas*

Toda atividade jurisdicional exercida em uma sociedade legitima-se e é indispensável *porque* existem conflitos entre pessoas ou grupos e *para que* tais conflitos tenham solução, com a pacificação das pessoas e consequente benefício à própria vida em sociedade – sabendo-se que todo conflito é causa de infelicidade pessoal dos sujeitos envolvidos e, em uma perspectiva metaindividual, a proliferação de conflitos constitui fator de instabilidade e desorganização da própria sociedade. O *porquê* representa a causa da necessidade da jurisdição e o *para quê* indica o principal dos escopos pelos quais ela é exercida, com vista aos resultados desejados.

Ora, como é do conhecimento de todos, a sociedade contemporânea é altamente conflitiva, atingida por um sempre crescente número de desavenças envolvendo cada vez mais os seus integrantes. O adensamento populacional, o caráter finito e consequente insuficiência dos bens materiais e imateriais à disposição dos homens para a satisfação de suas necessidades, a escassez de recursos, a concentração de riquezas em mãos de poucos, tudo coopera para que indivíduos e coletividades se envolvam cada vez mais em situações conflituosas. Além disso, as atuais estruturas político-administrativas do Estado, com sua ineficiência e seu comportamento desrespeitoso perante os direitos das pessoas, levam a uma forte tendência à judicialização dos conflitos, assoberbando os tribunais do país, dos quais se espera a tutela jurisdicional aos titulares de interesses e direitos. Avulta nesse quadro a premente necessidade de aparelhar o Poder Judiciário de instrumentos capazes de promover a efetividade daquele escopo social magno do processo, com a real capacidade de solucionar satisfatoriamente os conflitos e pacificar de modo adequado as pessoas. Mas, como os conflitos diferem muito entre si, o sistema deve ser *flexível* para ser apto a propiciar a quem tem razão a tutela jurisdicional efetiva e adequada a que tiver direito, produzindo com isso resultados legítimos perante a lei e os valores da nação.

A presente introdução é aqui inserida com o fito de demonstrar que o estudo do processo e seu tratamento no direito positivo clamam por uma metodologia acentuadamente *instrumentalista*, estruturando-se de acordo com a análise da tutela adequada à solução de cada classe de conflitos. O realce a essa metodologia da mais patente modernidade não significa que esta edição da *Teoria geral do processo* se proponha a renunciar à análise dos fenômenos e estruturas processuais pelos aspectos inerentes às técnicas do processo. Quer somente fundamentar tal enfoque nas grandes premissas instrumentalistas e teleológicas da ordem processual como um todo, especialmente mediante uma visão crítica dos projetos dos novos Código de Processo Civil e Código de Processo Penal. Propõe-se portanto uma visão geral de cunho metodológico a ser desenvolvida ao longo de toda a obra, como suporte para o que nela se contém pelo aspecto metodológico tradicional.

A primeira grande divisão feita de acordo com a natureza dos conflitos a serem dirimidos é a que se estabelece em relação a direitos e interesses suscetíveis ou insuscetíveis de disposição pelas partes (disponíveis ou indisponíveis). São *indisponíveis* o direito à liberdade pessoal, o direito de punir, pertencente exclusivamente ao Estado (*jus puniendi*), certas relações de direito de família ou envolvendo o Estado etc. São

em princípio *disponíveis* os demais direitos e interesses *não penais*, incluindo-se nesse conceito a grande maioria das relações jurídicas não regidas pelo direito penal (ou seja, regidas pelo direito civil, comercial, administrativo, tributário, trabalhista). O direito de punir, sempre pertencente ao Estado e suscetível de perseguição mediante o processo penal, é em princípio insuscetível de disposição, sendo obrigatório o exercício da ação penal para a indispensável atuação da jurisdição (princípio da legalidade) – com exceção dos casos de *infrações penais de menor potencial ofensivo*, nos quais se admite uma transação entre o ofendido e o Ministério Público (Const., art. 98, inc. I, e LJE, art. 60).

O destaque dado aos conflitos de natureza penal, em oposição àqueles não penais, remonta em última análise a essa fundamental distinção entre direitos disponíveis e direitos indisponíveis. Os conflitos de natureza penal ocorrem entre o Estado, detentor do direito de punir, e o suposto infrator da lei penal, sem descuidar da pessoa da vítima. Surge assim a *tutela jurisdicional penal* – obrigatoriedade em países como o Brasil, em que vige o princípio da legalidade, ou seja, da obrigatoriedade da ação penal pública, afastado o princípio oposto, que é o da oportunidade. Dar início ao processo criminal com vista à repressão de crimes de ação pública não é uma *faculdade* do Ministério Público, mas um *dever*.

No campo dos conflitos envolvendo matéria não penal impõem-se ainda algumas grandes subespécies: os conflitos relativos às relações de trabalho, os de direito administrativo, tributário, comercial, societário etc. e aqueles regidos pela lei comum, representada pelo Código Civil. Entre estes estão os conflitos de direito de família ou sucessões, das obrigações e das coisas. Mesmo nesse contexto assim tão heterogêneo de conflitos ditos *cíveis*, diversos são os graus de relevância social dos direitos postos em controvérsia, o que legitima a distinção de tratamento entre eles. Assim, por exemplo, as *causas cíveis de menor complexidade*, como tais designadas pela Constituição Federal (Const., art. 98, inc. I) e por certas normas infraconstitucionais, podem ser submetidas aos *juizados especiais cíveis* (federais ou estaduais, conforme o caso), os quais também privilegiam a *conciliação*.

Abre-se neste ponto a oportunidade de pôr em destaque a distinção entre a chamada *tutela jurisdicional ordinária*, regida fundamentalmente pelos códigos de processo, e a tutela jurisdicional *diferenciada*, de grande modernidade nos sistemas processuais da atualidade e disciplinada em parte por esses códigos e também por leis especiais. Qualifica-se como a proteção concedida em via jurisdicional mediante meios processuais particularmente ágeis e com fundamento em uma

cognição sumária. Dos predicados da boa tutela jurisdicional segundo as postulações da processualística moderna, a *tempestividade* é a razão que leva a lei a instituir esses instrumentos mais céleres e indicar as hipóteses em que cada um deles é adequado (Andrea Proto Pisani). Nesses casos escolhidos discricionariamente pelo legislador, de dois modos o sistema impulsiona a celeridade processual: a) ao satisfazer-se com uma *cognição superficial*, ou seja, não exauriente no plano vertical e portanto sem o empenho em buscar a fundo a verdade dos fatos mediante atuação de todos os meios de prova concebíveis em direito (exemplo típico é o mandado de segurança); b) ao excluir o conhecimento de pretensões que virtualmente poderiam ser agregadas ao processo ou de questões que poderiam ser suscitadas (cognição incompleta, plano cognitivo horizontal – Kazuo Watanabe).

Mas, mesmo com essa moderna vocação a oferecer tutelas jurisdicionais diferenciadas, a Justiça estatal não é o único caminho pelo qual se procura oferecer solução aos conflitos. Avança no mundo todo, inclusive no Brasil, a ideia de que outros métodos adequados de solução de conflitos, não estatais, podem ser utilizados para pacificar com justiça e com maior eficiência. Tais são os chamados *meios alternativos de solução de conflitos (alternative dispute resolution)*, nos quais se busca uma *autocomposição*, isto é, uma solução do conflito por ato das próprias partes (conciliação ou mediação), ou uma *heterocomposição privada* (decisão por árbitros nomeados pelos próprios litigantes).

Como forma de autocomposição existe também a *negociação*, em que as partes em conflito dirimem seus conflitos diretamente ou com intermediação de seus advogados, sem recorrer a formas mais institucionalizadas que se servem de um terceiro facilitador (conciliador ou mediador).

A percepção de uma tutela adequada a cada tipo de conflito modificou a maneira de ver a arbitragem, a mediação e a conciliação, que, de meios sucedâneos, equivalentes ou meramente alternativos à jurisdição estatal, ascenderam à estatura de instrumentos mais adequados de solução de certos conflitos. E tanto assim é que a leitura atual do princípio constitucional de acesso à justiça (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” – Const., art. 5º, inc. XXXV) é hoje compreensiva da justiça arbitral e da conciliativa, incluídas no amplo quadro da política judiciária e consideradas no quadro do exercício jurisdicional.

Além disso, assim como a sociedade vem se transformando, também os conflitos passaram a se configurar de modos diferentes, ganhando destaque aqueles de dimensões metaindividuais, que transcendem as esferas individuais de direitos para envolverem grupos, categorias ou classes de pessoas em busca da fruição de direitos fundamentais de caráter comunitário, genericamente referidos à qualidade de vida (direito ao meio ambiente sadio, ao equilíbrio nas relações de consumo, à fruição de serviços públicos *etc.*).

Ora, como diante dessas realidades o processo clássico foi deixando de ser adequado à solução dos conflitos coletivos (em sentido amplo), foi preciso rever os esquemas da *legitimidade* para atuar em juízo, da *coisa julgada*, das funções do juiz, do Ministério Público, da Defensoria Pública *etc.* Foi também preciso repensar os *corpos intermediários*, como as associações e os sindicatos, bem como outras instituições públicas e privadas habilitadas a serem portadoras, em juízo, dos interesses ou direitos próprios de uma sociedade de massa (*legitimacy of representation*).

O *common law* instituiu as *class actions* há mais de cinquenta anos e alguns de seus institutos inspiraram os países de matriz romano-germânica (*civil law*), que inclusive foram capazes de instituir estruturas processuais mais adequadas à realidade de cada país.

O Brasil foi pioneiro, entre os países de *civil law*, na instituição de um novo *processo coletivo* para a solução de conflitos metaindividuais. Hoje o microssistema brasileiro de processos coletivos é constituído principalmente pela Lei da Ação Civil Pública e pelas disposições processuais do Código de Defesa do Consumidor, que se aplicam a todos os processos coletivos, de qualquer natureza. E já surge a ideia de um *direito processual coletivo*, com institutos e técnicas diversos dos utilizados pelo direito processual individual.

Mas a caminhada ainda não terminou. Não só os conflitos se modificaram, como se modificou o próprio Poder Judiciário. O juiz não é mais a simples *vox legis*, ou mero intérprete indiferente dos textos legais, mas um autêntico porta-voz dos valores postos na Constituição, cabendo-lhe inclusive, no exercício dessa missão, aferir a constitucionalidade das *políticas públicas*, seja implementando-as em face da inércia dos Poderes políticos, seja analisando sua adequação aos princípios constitucionais. O juiz tornou-se, assim, um coprotagonista de políticas públicas.

Entendem-se por *políticas públicas* os programas e ações do Estado relacionados com as instituições políticas e sociais do país e com a vida dos membros da população. Devem ser endereçadas à fruição dos direitos fundamentais e notadamente dos direitos sociais, de caráter prestacional, indicados no art. 6º da Constituição em consonância com os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, inscritos no art. 3º. Ao Poder Legislativo cabe formular as leis que instituem políticas públicas; e ao Executivo, desenvolver as atividades necessárias à sua efetiva implementação. Ao Poder Judiciário cabe atuar *a posteriori*, no controle das políticas públicas e de sua adequação à Constituição, intervindo dentro de certos limites.

Estamos agora no campo da tutela jurisdicional referente aos chamados *conflitos de interesse público*. Em um primeiro sentido, *interesses públicos* são interesses “permeados de um valor que transcende o homem individual e envolve toda uma sociedade”. Ocorrendo violação a direitos dessa ordem, todos os cidadãos são atingidos e não somente algum indivíduo isoladamente. São interesses públicos aqueles que dizem respeito a todos os homens e sua lesão atinge a todos os indivíduos viventes em sociedade, como o direito à saúde, à educação, à segurança. Os interesses coletivos se colocam a meio caminho entre os interesses públicos e os privados, porquanto dizem respeito a interesses comunitários, próprio de grupos, categorias ou classes de pessoas, como os interesses dos habitantes de uma região à descontaminação de um rio, ou dos consumidores de um produto viciado à sua retirada do mercado (Mauro Cappelletti).

E hoje, quando se fala em conflitos de interesse público, reforça-se a ideia, cultivada no direito norte-americano desde meados do século passado e acatada neste país por Kazuo Watanabe já nos anos *oitenta*, no sentido de que se trata de conflitos envolvendo os Poderes constituídos, como quando o Judiciário intervém no controle de políticas traçadas pelo Legislativo e pelo Executivo ou preenche suas lacunas. Para a tutela jurisdicional adequada a esses conflitos faz-se necessário utilizar técnicas processuais diferenciadas, de caráter eminentemente político-institucional, que privilegiem o diálogo entre os Poderes, que ampliem o contraditório para além das partes, que alarguem o conhecimento do juiz e que flexibilizem o cumprimento dos julgados.

O CEBEPEJ – Centro Brasileiro de Pesquisas e Estudos Judiciais – apresentou ao Congresso Nacional um projeto de lei, amplamente discutido (e já apresentado pelo Deputado Federal Paulo Teixeira – projeto de lei n. 8.058, de 4.11.2014), instituindo um novo processo destinado

ao controle jurisdicional de políticas públicas, com as características vistas acima.

São quatro, como se vê do conteúdo do presente tópico, os *propósitos metodológicos* destacados na presente introdução, com repercussões em toda a obra e todos voltados à atuação da promessa constitucional de uma tutela jurisdicional efetiva, tempestiva, adequada e da maior abrangência social possível. Todos eles se apoiam nas grandes balizas representadas pelo *direito processual constitucional*, do qual se extrai a oferta de um crescente acesso à justiça, e pela consciência da *instrumentalidade do processo*, que deve induzir o legislador e o intérprete a buscar no processo e no exercício da jurisdição a maior carga possível de *resultados socialmente úteis*. Tais propósitos sintetizam nos tópicos que logo a seguir se veem.

A – Propõe-se a valorização das chamadas *tutelas jurisdicionais diferenciadas*, com vista à produção de resultados em tempo mais estreito, a bem da efetividade da própria garantia constitucional do acesso à justiça e da tempestividade da tutela jurisdicional (Const., art. 5º, incs. XXXV e LXXVIII).

B – Propõe-se também a abertura do sistema ao incremento dos chamados *outros meios adequados de solução de conflitos*, com valorização da arbitragem, da conciliação e da mediação, como instrumentos mediante os quais as partes buscam a satisfação de suas pretensões à margem da atuação dos agentes do Poder Judiciário.

C – Propõe-se ainda o melhor aproveitamento das atividades dos próprios juízes estatais mediante as *tutelas jurisdicionais coletivas*. Trata-se agora da *molecularização* da tutela jurisdicional em processos relacionados com direitos ou interesses de relevância para classes, categorias ou grupos de pessoas, sem o tradicional confinamento às esferas isoladas de direitos de indivíduos (Kazuo Watanabe).

D – E propõe-se também a abertura para um maior *ativismo judicial*, consistente na participação do juiz na vida da sociedade mediante interferências na atividade dos demais Poderes do Estado, em relação às *políticas públicas*, para cujo controle também se faz necessário um novo estilo de técnicas processuais.

bibliografia

Carmona, *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/1996*, pp. 1-30.

- Dinamarco, *A arbitragem na teoria geral do processo*, n. 3, pp. 21 ss.
- _____, *A instrumentalidade do processo*, n. 7, pp. 73 ss.
- _____, *Instituições de direito processual civil*, vol. I, pp. 141-144 e 173-174.
- Grinover, *Direito processual coletivo*.
- _____, “Os fundamentos da justiça conciliativa”.
- Salles (org.), *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*.
- _____, *Arbitragem em contratos administrativos*, pp. 18-25.
- Projeto de lei n. 8.058, de 4.11.2014, instituindo o processo para o controle institucional de políticas públicas (“Exposição de Motivos”).
- Resolução n. 125, de 2.11.2010, do CNJ (“Exposição de Motivos”).

CAPÍTULO 2

SOCIEDADE E TUTELA JURÍDICA

3. sociedade e direito

No atual estágio dos conhecimentos científicos sobre o direito é predominante o entendimento de que não há sociedade sem direito: *ubi societas ibi jus*. Mesmo os autores que sustentam ter o homem vivido uma fase evolutiva pré-jurídica formam ao lado dos demais para, sem divergência, reconhecerem que *ubi jus ibi societas*. Só não haveria lugar para o direito na imaginária hipótese de um ermitão vivendo em local deserto, sem convívio com ninguém e sem a subordinação a um Estado soberano, como no caso do legendário *Robinson Crusoé*, antes da chegada do índio *Sexta-Feira* à sua ilha isolada do mundo.

Indaga-se desde logo, portanto, qual a causa dessa correlação entre sociedade e direito. E a resposta está na função que o direito exerce na sociedade: a *função ordenadora*, isto é, de coordenação dos interesses que se manifestam na vida social, de modo a organizar a cooperação entre pessoas e compor os conflitos que se verificarem entre seus membros.

A tarefa da ordem jurídica consiste exatamente em harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste. O critério que deve orientar essa coordenação ou harmonização é o critério do justo e do equitativo, de acordo com os valores prevalentes em determinado momento e lugar.

Por isso, pelo aspecto sociológico o direito é geralmente apresentado como um dos instrumentos – sem dúvida o mais importante e eficaz entre os povos civilizados – do chamado *controle social*, entendido como o conjunto de instrumentos de que a sociedade dispõe em sua tendência à imposição dos modelos culturais, dos ideais coletivos e dos

valores que cultiva, para a superação das antinomias, das tensões e dos conflitos que lhe são próprios.

4. conflitos e insatisfações

A existência do direito regulador da cooperação entre pessoas é apto à atribuição de bens a elas não é, porém, suficiente para evitar ou eliminar os conflitos que entre elas podem surgir. Esses conflitos caracterizam-se por situações em que uma pessoa, pretendendo para si determinado bem, não pode obtê-lo – seja porque (a) aquele que poderia satisfazer sua pretensão não a satisfaz, seja porque (b) o próprio direito proíbe a satisfação voluntária da pretensão (p. ex., um casamento não pode ser anulado por simples ato consensual das partes, sendo necessária uma sentença que o anule). Também a pretensão punitiva do Estado não pode ser satisfeita mediante um ato de submissão do indigitado criminoso (*nulla poena sine judicio*).

Nessas duas situações caracteriza-se a *insatisfação* de uma pessoa, e a experiência de milênios mostra que a insatisfação é sempre um fator antissocial, independentemente de a pessoa ter ou não ter direito ao bem pretendido. A indefinição das situações das pessoas perante outras, perante os bens pretendidos e perante o próprio direito é sempre motivo de angústia e tensão individual e social. Inclusive quando se trata de indefinição quanto ao próprio *jus punitionis* do Estado em determinada situação concretamente considerada: sendo o valor *liberdade* uma inerência da própria pessoa humana, a que todos almejam e que não pode ser objeto de disposição da parte de quem quer que seja, a pendência de situações assim é inegável fator de sofrimento e infelicidade, que precisa ser debelado.

A eliminação dos conflitos ocorrentes na vida em sociedade pode se verificar por obra de um ou de ambos os sujeitos dos interesses conflitantes, ou por ato de terceiro. Na primeira hipótese, um dos sujeitos (ou cada um deles) consente no sacrifício total ou parcial do próprio interesse (solução consensual, ou *autocomposição*) ou impõe o sacrifício do interesse alheio (*autodefesa* ou *autotutela*). Na segunda enquadram-se a defesa de terceiro, a conciliação, a mediação e o processo (estatal ou arbitral).

5. da autotutela à jurisdição

Hoje, se entre duas pessoas ou grupos de pessoas há um conflito, caracterizado por uma das causas de insatisfação descritas acima (resis-

tência de outrem ou voto jurídico à satisfação voluntária), em princípio o direito impõe que, se quiser pôr fim a essa situação, o sujeito trate de chamar o Estado-juiz, o qual dirá afinal qual a vontade do ordenamento jurídico para o caso concreto (*declaração*) e, se for o caso, fazer com que as coisas se disponham, na realidade prática, conforme essa vontade (*execução*). Nem sempre foi assim, contudo.

Nas fases primitivas da civilização dos povos inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares; por isso, não só inexistia um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, como ainda não havia sequer as leis (normas gerais e abstratas impostas pelo Estado aos particulares). Quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir por si mesmo a satisfação dessa pretensão. A própria repressão aos atos criminosos se fazia em regime de *vingança privada*, e quando o Estado chamou a si o *jus punitionis* ele o exerceu inicialmente mediante seus próprios critérios e decisões, sem a interposição de órgãos ou pessoas imparciais independentes e desinteressados. A esse regime chama-se *autotutela* (ou *autodefesa*), e hoje, encarando-a do ponto de vista da cultura da presente fase da civilização dos povos, é fácil ver como era precária e aleatória, pois não garantia a *justiça*, mas a vitória do mais forte, mais astuto ou mais ousado sobre o mais fraco ou mais tímido.

São fundamentalmente dois os traços característicos da autotutela:
a) ausência de juiz distinto das partes; b) imposição da decisão por uma das partes à outra.

Além da *autotutela*, outra solução possível seria, nos sistemas primitivos, a *autocomposição* (a qual, de resto, perdura no direito moderno): uma das partes em conflito ou ambas abrem mão do interesse ou de parte dele. São três as formas de autocomposição, as quais sobrevivem até hoje com referência aos interesses disponíveis: a) *desistência* (renúncia à pretensão); b) *submissão* (renúncia à resistência oferecida à pretensão); c) *transação* (concessões recíprocas). Todas essas soluções têm em comum a circunstância de serem *parciais* – no sentido de que dependem da vontade e da atividade de uma ou de ambas as partes envolvidas (nesse caso, solução *consensual* de conflitos).

Quando, pouco a pouco, os indivíduos foram se apercebendo dos males desse sistema, eles começaram a preferir, ao invés da solução *parcial* dos seus conflitos (*parcial* = por ato das próprias partes), uma so-

lutação amigável e imparcial através de *árbitros*, pessoas de sua confiança mútua em quem as partes se louvam para que resolvam os conflitos. Essa interferência, em geral, era confiada aos *sacerdotes*, cujas ligações com as divindades garantiriam soluções acertadas, de acordo com a vontade dos deuses; ou aos *anciões*, que, mais do que os outros, presumivelmente conheciam os costumes do grupo social integrado pelos interessados. E a decisão do árbitro pauta-se pelos padrões acolhidos pela convicção coletiva, inclusive pelos costumes. Historicamente, pois, surge o juiz antes do legislador.

Na *autotutela*, aquele que impõe ao adversário uma solução não cogita de apresentar ou pedir a declaração de existência ou inexistência do direito; satisfaz-se simplesmente pela força (ou seja, impõe sua própria pretensão). A *autocomposição* e a *arbitragem*, ao contrário, limitam-se a fixar a existência ou inexistência do direito; o cumprimento da decisão, naqueles tempos iniciais, continuava dependendo da imposição de solução violenta e parcial (autotutela).

Mais tarde, e à medida que o Estado foi se afirmando e conseguiu impor-se aos particulares mediante a invasão de sua antes indiscriminada esfera de liberdade, nasceu, também gradativamente, sua tendência a absorver o poder de ditar as soluções para os conflitos. A história mostra que no direito romano arcaico (das origens do direito romano até ao século II aC, sendo dessa época a Lei das XII Tábuas) já o Estado participava, na medida da autoridade então conseguida perante os indivíduos, dessas atividades destinadas a indicar qual o preceito a preponderar no caso concreto de um conflito de interesses. Os cidadãos em conflito compareciam perante o *pretor*, comprometendo-se a aceitar o que viesse a ser decidido; e esse compromisso, necessário porque à mentalidade da época repudiava ainda qualquer ingerência do Estado (ou de quem quer que fosse) nos negócios de alguém contra a vontade do interessado, recebia o nome *litiscontestatio*. Em seguida escolhiam um árbitro de sua confiança, o qual recebia do pretor o encargo de decidir a causa. O processo civil romano desenvolvia-se, assim, em dois estágios: perante o magistrado, ou *pretor (in jure)*, e perante o árbitro, ou *judex (apud judicem)*.

Como se vê, já nesse período o Estado tinha alguma participação, pequena embora, na solução dos litígios. Tal sistema perdurou ainda durante todo o período clássico do direito romano (período formular, século II aC a século II dC), sendo que, correspondentemente ao fortalecimento do Estado, aumentou a participação deste no processo através

da conquista do poder de nomear o árbitro (o qual era de início nomeado pelas partes e apenas investido pelo magistrado). Vedada que era a autotutela, o sistema então implantado consistia numa *arbitragem obrigatória*, que veio a substituir a anterior *arbitragem facultativa*.

Além disso, para facilitar a sujeição das partes às decisões de terceiro, a autoridade pública começa a preestabelecer, em forma abstrata, regras destinadas a servir de *critério objetivo* e *vinculativo* para tais decisões, afastando assim os temores de julgamentos arbitrários e subjetivos. Surge, então, o *legislador*. A Lei das XII Tábuas, do ano 450 aC, é um marco histórico fundamental dessa época.

Depois do período arcaico e do clássico (que, reunidos, formam a fase conhecida por *ordo judiciorum privatorum*) veio outro, que se caracterizou pela invasão de área antes não pertencente ao pretor: contrariando a ordem estabelecida, passou este a conhecer ele próprio do mérito dos litígios entre os particulares, inclusive proferindo sentença, em vez de nomear ou aceitar a nomeação de um árbitro que o fizesse. Essa nova fase, iniciada no século III dC, é, por isso mesmo, conhecida por período da *cognitio extra ordinem*. Com ela completou-se o ciclo histórico da evolução da chamada *justiça privada* para a *justiça pública*: o Estado, já suficientemente fortalecido, impõe-se sobre os particulares e, prescindindo da voluntária submissão destes, impõe-lhes imperativamente sua solução para os conflitos de interesses. À atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos dá-se o nome de *jurisdição*.

Pela jurisdição, como se vê, os juízes agem em substituição às partes, que não podem fazer justiça com as próprias mãos (vedada a autodefesa – CP, art. 345); a elas, que não mais podem agir, resta a possibilidade de *fazer agir*, provocando o exercício da função jurisdicional. E como a jurisdição se exerce através do processo, pode-se provisoriamente conceituar este como *instrumento por meio do qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes, eliminando os conflitos e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca de solução*.

As considerações acima mostram que, antes de o Estado conquistar para si o poder de declarar qual o direito no caso concreto e promover a sua realização prática (jurisdição), houve três fases distintas: a) autotutela; b) arbitragem facultativa; c) arbitragem obrigatória. A autocomposição, forma de solução consensual dos conflitos, é tão antiga quanto a autotutela. O processo surgiu com a arbitragem obrigatória. A jurisdição

estatal, com a capacidade de impor a solução dos conflitos, só depois (no sentido em que a entendemos hoje).

É claro que essa evolução não se deu assim linearmente, de maneira límpida e nítida; a história das instituições faz-se através de marchas e contramarchas, entrecortada frequentemente de retrocessos e estagnações; de modo que a descrição acima constitui apenas uma análise macroscópica da *tendência no sentido de chegar ao Estado o poder de dirimir conflitos e pacificar pessoas*.

Para se ter uma ideia de como essas coisas se passam confusamente, observe-se o fenômeno análogo que ocorre com referência aos *conflitos internacionais*. A autotutela no plano internacional é representada pela agressão bélica, pelas ocupações, invasões, intervenções (inclusive econômicas) ou ainda pelos julgamentos de inimigos por tribunais de adversários; mas coexiste com a autotutela a *autocomposição* (através de tratados internacionais), sendo de certa frequência a *arbitragem facultativa*. Ninguém é capaz de indicar, com precisão, quando começou a prática dessa arbitragem obrigatória, e muito menos se no futuro poderá ser instituído um Superestado que venha a impor a todas as nações o seu poder (criando, então, uma verdadeira *jurisdição supraestatal*). As decisões dos tribunais internacionais, quando aplicadas aos Estados-membros, são bem um prenúncio de alguma evolução nesse sentido.

6. a função estatal pacificadora (*jurisdição*)

Pelo que já ficou dito, compreende-se que o Estado moderno exerce seu poder para a solução de conflitos interindividuais. O *poder estatal*, hoje, abrange a capacidade de dirimir os conflitos que envolvem as pessoas (inclusive o próprio Estado), decidindo sobre as pretensões apresentadas e impondo as decisões. No estudo da *jurisdição* será explicado que esta é uma das expressões do poder estatal, caracterizando-se este como a *capacidade, que o Estado tem, de decidir imperativamente e impor decisões*.

Mais uma vez, é preciso salientar que no sentido amplo de jurisdição, compreendendo a Justiça conciliativa (como sustentam alguns), não há expressão do poder estatal, salvo quando o acordo é descumprido e se faz valer o título executivo formado pelo acordo homologado.

O que distingue a jurisdição das demais funções do Estado (legislação, administração) é precisamente, em primeiro plano, a finalidade pacificadora com que o Estado a exerce.

Na realidade, são de três ordens os escopos visados pelo Estado no exercício dela: *sociais, políticos e jurídico*.

A pacificação mediante a solução de conflitos é o escopo magno da jurisdição e, por consequência, de todo o sistema processual – uma vez que todo ele pode ser definido como a disciplina jurídica da jurisdição e seu exercício. É um escopo social, uma vez que se relaciona com o resultado do exercício da jurisdição perante a sociedade e sobre a vida gregária de seus membros e felicidade pessoal de cada um.

A doutrina moderna aponta outros escopos do processo, a saber: a) *educação* para o exercício dos próprios direitos e respeito aos direitos alheios (escopo social); b) a preservação do valor *liberdade*, a oferta de meios de *participação* nos destinos da nação e do Estado e a *preservação do ordenamento jurídico e da própria autoridade deste* (escopos políticos); c) a *atuação da vontade concreta do direito* (escopo jurídico).

É para a consecução dos objetivos da jurisdição, e particularmente daquele relacionado com a pacificação com justiça, que o Estado institui o sistema processual, ditando normas a respeito (direito processual), criando órgãos jurisdicionais, fazendo despesas com isso e exercendo através deles o seu poder.

A partir desse conceito provisório de jurisdição e do próprio sistema processual já se pode compreender que aquela é uma função inserida entre as diversas funções estatais. Mesmo na ultrapassada filosofia política do Estado liberal, extremamente restritiva quanto às funções do Estado, a jurisdição esteve sempre incluída como uma responsabilidade estatal. E hoje, prevalecendo as ideias do *Estado social*, em que ao Estado se reconhece a função fundamental de promover a plena realização dos valores humanos, isso deve servir, de um lado, para pôr em destaque a função jurisdicional pacificadora como fator de eliminação dos conflitos que afligem as pessoas e lhes trazem angústia; de outro, para advertir os encarregados do sistema quanto à necessidade de fazer do processo um meio efetivo para a *realização da justiça*. Afirma-se que o objetivo-síntese do Estado contemporâneo é o *bem comum*, e quando se passa ao estudo da jurisdição é lícito dizer que a projeção particularizada do bem comum nessa área é a *pacificação com justiça*.

7. *meios alternativos de solução de conflitos (pacificação social)*

O extraordinário fortalecimento do Estado, ao qual se aliou a consciência da sua essencial função pacificadora, conduziu, a partir da

já mencionada evolução do direito romano e ao longo dos séculos, à afirmação da *quase absoluta exclusividade estatal no exercício dessa função*. A autotutela é definida como crime, seja quando praticada pelo particular (“exercício arbitrário das próprias razões” – CP, art. 345), seja pelo próprio Estado (“exercício arbitrário ou abuso de poder” – art. 350). A própria *autocomposição*, que nada tem de antissocial, não vinha sendo particularmente estimulada pelo Estado. A *arbitragem*, que em alguns países é praticada mais intensamente e também no plano internacional, no Brasil só agora começa a ser praticada com mais frequência, e não apenas quando se trata de conflitos entre nacionais.

Abrem-se agora os olhos, todavia, para todas essas modalidades de soluções dos conflitos, tratadas como meios alternativos de pacificação social. Vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é *pacificar*, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes. Por outro lado, cresce também a percepção de que o Estado tem falhado muito em sua missão pacificadora, que ele tenta realizar mediante o exercício da jurisdição estatal e através das formas do processo civil, penal ou trabalhista.

O processo é *necessariamente formal* (embora não devam ser *formalistas* aqueles que operam o processo) porque suas formas constituem o modo pelo qual as partes têm a garantia de legalidade e imparcialidade no exercício da jurisdição (princípio da legalidade, *devido processo legal* – Const., art. 5º, inc. LIV). No processo as partes têm o direito de participar intensamente, pedindo, requerendo, respondendo, impugnando, provando, recorrendo; a garantia constitucional do *contraditório* (art. 5º, inc. LV) inclui também o direito das partes ao *diálogo* com o juiz, sendo este obrigado a participar mais ou menos intensamente do processo, decidindo sobre pedidos e requerimentos das partes, tomado iniciativa da prova em certa medida, fundamentando suas decisões (Const., art. 93, inc. IX).

Tudo isso, porém, toma *tempo*, e 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.

Ao lado da *duração* do processo (que compromete tanto o penal como o civil ou trabalhista), seu *custo* constitui outro óbice à plenitude do cumprimento da função pacificadora através dele. O processo civil tem se mostrado um instrumento caro, seja pela necessidade de anteci-

par custas ao Estado (os *preparos*), seja pelos honorários advocatícios, seja pelo custo às vezes bastante elevado das perícias. Tudo isso, como é perceptível à primeira vista, concorre para estreitar o canal de acesso à justiça através do processo.

Por outro lado, o processo estatal só pacifica a parte do conflito que foi judicializada e não todo o conflito social que está à sua base e pode ser mais amplo que aquele deduzido em juízo (*lides parciais*). É comum que, após a solução imperativa estatal, o vencido não fique satisfeito ou que as partes voltem a litigar, porque a pacificação não foi completa.

Essas e outras dificuldades têm conduzido os processualistas modernos a excogitar novos meios para a solução de conflitos. Trata-se dos meios alternativos de que se cuida no presente item, representados particularmente pela conciliação, pela mediação e pela arbitragem – embora o próprio processo arbitral, visto como meio mais ágil de buscar a justiça, que respeita a autonomia das vontades mais do que o processo estatal, implique custos indesejavelmente elevados.

Utiliza-se aqui e alhures a expressão tradicional “meios alternativos” (*alternative dispute resolution*-ADR, ou *meios alternativos de solução de conflitos*-MASC), embora na verdade não se trate de alternativas ao processo estatal, mas de outras vias, que subsistem ao lado deste e que, dependendo do tipo do conflito, podem ser mais adequadas.

A primeira característica dessas vertentes alternativas é a *ruptura com o formalismo processual*. A *desformalização* é uma tendência quando se trata de dar pronta solução aos litígios, constituindo fator de *celeridade*. Depois, dada a preocupação social de levar a justiça a todos, também a *gratuidade* constitui característica marcante dessa tendência. Os meios informais gratuitos (ou pelo menos baratos) são obviamente mais acessíveis a todos e mais céleres, cumprindo melhor a função pacificadora. Por outro lado, como nem sempre o cumprimento estrito das normas contidas na lei é capaz de fazer justiça em todos os casos concretos, constitui característica dos meios alternativos de pacificação social também a *delegalização*, caracterizada por amplas margens de liberdade inexistentes nas soluções a cargo dos órgãos jurisdicionais estatais. Essa tendência manifesta-se não só no informalismo de certos procedimentos, como o arbitral, mas também na abertura de caminhos para os *juízos de equidade*, caracterizados estes como julgamentos não necessariamente limitados por disposições legais.

Com essas características presentes em maior ou menor intensidade conforme o caso (direitos disponíveis ou indisponíveis), vão sendo in-

crementados os meios alternativos de pacificação social – representados essencialmente pela *conciliação, mediação e arbitragem*.

Da *conciliação* já falava a Constituição Imperial brasileira, exigindo que fosse tentada antes de todo processo, como requisito para sua realização e julgamento da causa. O procedimento das reclamações trabalhistas inclui duas tentativas de conciliação (CLT, arts. 847 e 850). O Código de Processo Civil atribui ao juiz o dever de “tentar a qualquer tempo conciliar as partes” (art. 125, inc. IV), e em seu procedimento ordinário incluiu-se uma *audiência preliminar* (ou audiência de *conciliação*) na qual o juiz, tratando-se de causas versando direitos disponíveis, deverá tentar a solução conciliatória antes de definir os pontos controvertidos a serem provados (embora, na prática, os juízos cíveis denotem forte impulso a não se empenhar em conciliação alguma). Eles deverão tentar a conciliação, ainda, ao início da audiência de instrução e julgamento (arts. 447 e 448). A qualquer tempo poderão fazer comparecer as partes, inclusive para tentar conciliá-las (art. 342). A *Lei dos Juizados Especiais* é particularmente voltada à conciliação como meio de solução de conflitos, dando-lhe especial destaque ao instituir uma verdadeira *fase conciliatória* no procedimento que disciplina: só se passa à instrução e julgamento da causa se, após toda a tentativa, não tiverem sido obtidas a conciliação dos litigantes nem a instituição do juízo arbitral (arts. 21-26).

Em matéria criminal a conciliação vinha sendo considerada inadmissível, dada a absoluta indisponibilidade da liberdade corporal e a regra *nulla pena sine iudicio*, de tradicional prevalência na ordem constitucional brasileira (*infra*, n. 9). Nova perspectiva abriu-se com a Constituição vigente, a qual determinou a instituição de “juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução (...) de infrações penais de menor potencial ofensivo (...) permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau” (art. 98, inc. I). E agora, nos termos da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, já são admissíveis a conciliação e a transação penais, para a maior efetividade da pacificação também em matéria penal.

A conciliação pode ser *extraprocessual* ou (como nos casos vistos acima) *endoprocessual*. Em ambos os casos visa a induzir os próprios sujeitos em conflito a ditar uma solução para sua pendência. O conciliador procura obter uma *transação* entre as partes (mútuas concessões) ou a *submissão* de uma destas à pretensão da outra (no processo civil, reconhecimento do pedido – CPC, art. 269, inc. II), ou a desistência da

pretensão (*renúncia ao direito* – art. 269, inc. V). Tratando-se de conciliação *endoprocessual*, pode-se chegar ainda à mera *desistência da ação*, ou seja, revogação da demanda inicial para que o processo se extinga sem que o conflito receba solução alguma (art. 267, inc. VIII).

A conciliação extraprocessual, tradicional no Brasil mediante a atuação dos antigos *juizes de paz* e por obra dos promotores de justiça até tempos relativamente recentes em comarcas do interior, ganhou especial alento com a *onda renovatória* voltada à solução das pequenas causas. Foram inicialmente os *Conselhos de Conciliação e Arbitramento*, instituídos pelos juízes gaúchos; depois, os *Juizados Informais de Conciliação*, criados em São Paulo para tentar somente a conciliação de pessoas em conflito, sem nada julgar em caso de não conseguir conciliá-las. A Lei dos Juizados Especiais recebeu em seu sistema a atuação desses e de outros órgãos conciliadores extrajudiciais (Ministério Pùblico inclusive) ao considerar como título hábil à execução forçada os acordos celebrados perante eles (art. 57, *caput* e par.). No plano constitucional existe abertura para a restauração da antiga *Justiça de Paz*, com “atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdiccional” (Const., art. 98, inc. II).

Em matéria criminal não há possibilidade de conciliação fora do processo; mesmo para a transação anterior ao oferecimento da denúncia, facultada pelos arts. 72 ss. da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, impõe-se sempre a necessidade do controle jurisdiccional.

A *mediação* assemelha-se à conciliação: os interessados utilizam a intermediação de um terceiro, particular, para chegarem à pacificação de seu conflito. Distingue-se dela somente porque a conciliação busca sobretudo o acordo entre as partes, enquanto a mediação *trabalha o conflito*, surgindo o acordo como mera consequência. Trata-se mais de uma diferença de método, mas o resultado acaba sendo o mesmo.

A mediação teve um bom impulso, nos últimos anos, por iniciativa de centros de mediação e de profissionais independentes. Os tribunais incentivaram a conciliação judicial, mediante iniciativas nacionais e locais. O Conselho Nacional de Justiça criou uma política de institucionalização de meios adequados de solução de conflitos pela mediação e conciliação judiciais, por intermédio da res. n. 125/2010.

A *arbitragem*, tradicionalmente regida pela lei material e pelo Código de Processo Civil, era instituto em desuso no direito brasileiro. Depois, com a Lei das Pequenas Causas (atualmente, Lei dos Juizados Especiais) e com a Lei da Arbitragem, ela ganhou nova força e vigor e,

em alguma medida, vai passando a ser utilizada efetivamente como meio alternativo para a pacificação de pessoas em conflito. Como se verá mais adiante, ela só se admite em matéria civil (não penal), na medida da disponibilidade dos interesses substanciais em conflito.

8. autotutela, autocomposição e arbitragem no direito moderno

Apesar da enérgica repulsa à autotutela como meio ordinário para a satisfação de pretensões em benefício do mais forte ou astuto, em relação a certos casos excepcionalíssimos a própria lei abre exceções a tal proibição. Constituem exemplos o direito de retenção (CC, arts. 578, 644, 1.219, 1.433, inc. II, 1.434 etc.), o *desforço imediato* (CC, art. 1.210, § 1º), o direito de cortar raízes e ramos de árvores limítrofes que ultrapassem a extrema do prédio (CC, art. 1.283), a autoexecutoriedade das decisões administrativas etc. De certo modo podem ser incluídos entre essas exceções o poder estatal de efetuar prisões em flagrante (CPP, art. 301) e os atos que, embora tipificados como crimes, sejam realizados em legítima defesa ou estado de necessidade (CP, arts. 24 e 25 – CC, arts. 188, 929 e 930).

São *duas as razões* pelas quais se admite a conduta unilateral invasora da esfera jurídica alheia nesses casos excepcionais: a) a impossibilidade de estar o Estado-juiz presente sempre que um direito esteja sendo violado ou prestes a sê-lo; b) a ausência de confiança de cada um no altruísmo alheio, inspirador de uma possível autocomposição.

Já a *autocomposição*, que não constitui ultraje ao monopólio estatal da jurisdição, é considerada legítimo meio alternativo de solução dos conflitos, estimulado pelo direito mediante as atividades consistentes na *conciliação*. De um modo geral pode-se dizer que é admitida sempre que não se trate de direitos tão intimamente ligados ao próprio modo de ser da pessoa, que sua perda a degrade a situações intoleráveis.

Trata-se dos chamados *direitos da personalidade* (vida, incolúmidade física, liberdade, honra, propriedade intelectual, intimidade, estado etc.). Quando a causa versar sobre interesses dessa ordem diz-se que as partes não têm disponibilidade de seus próprios interesses (matéria penal, direito de família etc.). Além dessas hipóteses de *indisponibilidade objetiva*, encontramos aqueles casos em que uma especial condição da pessoa impede a disposição de seus direitos e interesses (*indisponibili-*

dade subjetiva); é o que se dá com os incapazes e, em alguma medida, com as pessoas jurídicas de direito público.

Sendo disponível o interesse material, admite-se a autocomposição, em qualquer de suas três formas clássicas: transação, submissão, desistência (e qualquer uma delas pode ser processual ou extraprocessual). Em todas essas hipóteses surge um novo preceito jurídico concreto, nascido da vontade das partes (ou de uma delas), que irá validamente substituir aquela vontade da lei ordinariamente derivada do encontro dos fatos concretos com a norma abstrata contida no direito objetivo.

A lei processual civil expressamente admite as três formas da autocomposição a ser obtida endoprocessualmente (CPC, art. 269, incs. II, III e V), dando-lhes ainda a eficácia de conduzir a uma sentença de mérito: compondo-se as partes, não cabe ao juiz mais que reconhecê-lo mediante uma sentença que no caso não passará de mera homologação do ato das partes. O instituto da *conciliação*, estimulado pela Consolidação das Leis do Trabalho, pelo Código de Processo Civil e pela Lei dos Juizados Especiais, visa de modo precípua a conduzir as partes à autocomposição endoprocessual. Quanto à *transação*, dispõe pormenorizadamente o Código Civil (arts. 840-850).

A Lei dos Juizados Especiais também admite, para composição civil dos danos, as três formas de autocomposição (art. 74); mas para a autocomposição penal só se admite a transação (art. 76).

A autocomposição, cujas principais modalidades são a conciliação e a mediação, utiliza um terceiro facilitador para ajudar os próprios interessados a solucionar seu conflito. A *conciliação* tende à obtenção de um *acordo* e é mais indicada para conflitos que não se protraem no tempo (acidentes de veículos, relações de consumo). A *mediação* visa prioritariamente a *trabalhar o conflito*, consistindo na busca de um acordo objetivo secundário, e é mais indicada para conflitos que se protraem no tempo (relações de vizinhança, de família ou entre empresas etc.). A autocomposição é instrumento precípua voltado à pacificação social, mas que a própria sentença, pois lida com todo o conflito existente entre as partes em sua vida real e não apenas com a parcela de conflito levada a juízo.

O *juízo arbitral* é delineado no direito brasileiro da seguinte forma:
a) *convenção de arbitragem* (compromisso entre as partes ou cláusula compromissória inserida em contrato: LA, art. 3º); b) limitação aos *litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis* (art. 1º); c) restrições à eficácia da cláusula compromissória inserida em contratos de adesão

(art. 4º, § 2º); d) capacidade das partes (art. 1º); e) possibilidade de escolherem as partes as regras de direito material a serem aplicadas na arbitragem, sendo ainda admitido convencionar que esta “se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio” (art. 2º, §§ 2º e 3º); f) desnecessidade de homologação judicial da sentença arbitral (art. 31); g) atribuição a esta dos mesmos efeitos, entre partes, dos julgados proferidos pelo Poder Judiciário (valendo inclusive como título executivo, se for condenatória: art. 31); h) possibilidade de controle jurisdicional ulterior, a ser provocado pela parte interessada (*ação anulatória* – arts. 32 e 33); i) possibilidade de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais produzidas no exterior (arts. 34 ss.). Mas os árbitros, não sendo investidos do poder jurisdicional estatal, não podem realizar a execução de suas próprias sentenças nem impor medidas constitutivas (art. 22, § 4º).

Na Lei dos Juizados Especiais a arbitragem recebe tratamento especial, com bastante simplificação e especial recomendação ao juiz para que só passe à fase de instrução e julgamento se não tiver obtido das partes nem a conciliação nem o compromisso (art. 27). Este independe de termo (art. 24, § 1º) e o árbitro considera-se sempre autorizado a julgar por equidade, independentemente da autorização das partes (art. 25). Os árbitros nos juizados especiais serão escolhidos entre os juízes leigos, instituídos nessa lei (art. 24, § 2º).

Poderosa tendência doutrinária atribui à arbitragem natureza jurisdicional. A única diferença entre a jurisdição arbitral e a jurisdição estatal consistiria na circunstância de que o juízo arbitral é atribuído a um privado, investido de jurisdição pela vontade das partes, enquanto a jurisdição estatal é desempenhada pelo Estado, por intermédio de seus juízes e tribunais – mas muito acima disso paira o escopo de pacificar sujeitos mediante a solução de seus conflitos, que é inerente a todo exercício da jurisdição, quer estatal, quer arbitral.

9. controle jurisdicional indispensável (a regra nulla poena sine judicio)

Em certas matérias não se admitem exceções à regra da proibição da autotutela nem é, em princípio, permitida a autocomposição para a imposição das sanções legais. É o que sucedia de modo absoluto em matéria criminal (ordem jurídica brasileira anterior à lei n. 9.099, de 26.9.1995) e quanto a algumas situações regidas pelo direito privado (anulação de casamento, suspensão ou perda do poder familiar etc.). Em casos assim

o processo é o único meio de obter a efetivação das situações ditadas pelo direito material (imposição da pena, dissolução do vínculo *etc.*). A lei não admite a autotutela, a autocomposição, o juízo arbitral e nem mesmo a satisfação voluntária de pretensões dessa ordem. Por isso é que, como acima se disse, a existência de todo o sistema processual decorre, em última análise, da ocorrência de casos em que uma pretensão deixe de ser satisfeita por quem poderia satisfazê-la e também casos em que a lei veda a satisfação da pretensão por ato de qualquer indivíduo.

As pretensões necessariamente sujeitas a exame judicial para que possam ser satisfeitas são aquelas que se referem a direitos e interesses regidos por normas de *extrema indisponibilidade*, como as penais e aquelas não penais trazidas como exemplo (esp., direito de família). É a indisponibilidade desses direitos, sobretudo o de liberdade, que conduz a ordem jurídica a ditar, quanto a eles, a regra do indispensável controle jurisdicional.

No início da civilização dos povos inexistia a consciência da distinção entre ilícito civil e ilícito penal: o Estado, ainda embrionário e impotente perante o individualismo de seus componentes, não podia aperceber-se da existência de atos que, além e acima do dano que trazem a particulares, prejudicam a ele próprio, Estado, ou à sociedade que ele corporifica. Só na medida em que este foi adquirindo consciência de si mesmo e de sua missão perante os indivíduos é que foi também surgindo a ideia de infração penal, no sentido em que hoje a entendemos (ofensa a valores sociais relevantes, encarada pelo aspecto do dano causado à comunidade); e assim também a ideia da pena e do Estado como titular do direito de punir. Ao cabo de uma longa evolução chegou-se à mais absoluta proibição da aplicação de qualquer pena sem prévia realização de um processo (*nulla poena sine iudicio*).

Esse princípio pode ser encarado por dois aspectos: a) proibição de autotutela do Estado; b) proibição de autocomposição (transação entre Estado e acusado ou submissão voluntária deste). A propósito, a Constituição Federal, que assegura aos acusados de crime a mais ampla defesa (art. 5º, inc. LV), assegura também que todo processo estatal será feito em *contraditório*, ou seja, que ambas as partes terão necessariamente conhecimento de todas as alegações e provas produzidas pela parte adversária, com a oportunidade de discuti-las e contrariá-las.

Infelizmente a História registra casos de sistemática eliminação de pessoas sem a celebração de processo, mediante instigação ou tolerân-

cia das autoridades, como os *paseos* durante a guerra civil espanhola. A História Universal recentíssima mostra ainda os massacres ocorridos na China e Romênia, seguidos do não menos antissocial extermínio do ditador Ceausescu mediante o simulacro de um processo, que na realidade foi mero pretexto para a vingança.

Alguns ordenamentos jurídicos admitem a voluntária *submissão* dos acusados a uma pena pecuniária ou mesmo privativa da liberdade, inferior à prescrita para o delito em tese, como no caso do *patteggiamento* italiano; caso de submissão é também o *plea of guilty* do direito inglês. Há também, no direito americano, a *bargaining*, autêntica transação entre a acusação e a defesa para a imposição de pena referente a delito de menor gravidade que a daquele que é imputado ao réu. No Brasil o ordenamento vigente também contempla a transação em matéria penal, com base em expressa autorização constitucional (Const., art. 98, inc. I), podendo o autor do fato submeter-se voluntariamente a pena não privativa da liberdade, antes mesmo da instauração do processo, por proposta do Ministério Público.

Nesse quadro, a Lei dos Juizados Especiais e Criminais introduziu no sistema um novo modelo consensual para a Justiça criminal, por intermédio de quatro *medidas despenalizadoras* (medidas penais ou processuais alternativas que procuram evitar a pena de prisão): a) nas infrações de menor potencial ofensivo de iniciativa privada ou pública condicionada, havendo composição civil, resulta extinta a punibilidade (art. 74, par. ún.); b) não havendo composição civil ou tratando-se de ação penal pública incondicionada, a lei autoriza a aplicação imediata de pena alternativa (restritiva de direitos ou multa), mediante transação penal (art. 76); c) as lesões corporais culposas e leves passam a depender de representação (art. 88); d) os crimes cuja pena mínima não seja superior a um ano permitem a suspensão condicional do processo (art. 89).

10. acesso à justiça pelo processo estatal

Seja nos casos de controle jurisdicional indispensável, seja quando simplesmente uma pretensão deixou de ser satisfeita por quem podia satisfazê-la, a pretensão trazida pela parte ao processo clama por uma solução que *faça justiça* a ambos os participantes do conflito e do processo. Por isso é que se diz que o processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes o *acesso à justiça*, o qual se resolve, na expressão muito feliz da doutrina brasileira recente, em *acesso à ordem jurídica justa* (Kazuo Watanabe).

Acesso à justiça não se identifica, pois, com a mera *admissão ao processo* ou possibilidade de ingresso em juízo. Para que haja a efetiva institucionalização do acesso à justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente (inclusive em processo criminal), sendo também condenáveis as restrições quanto a determinadas causas (pequeno valor, interesses difusos); mas para a integralidade do acesso à justiça é preciso isso e muito mais.

A ordem jurídico-positiva (Constituição e leis ordinárias) e o lavour dos processualistas modernos têm posto em destaque uma série de princípios e garantias que, somados e interpretados harmoniosamente, constituem o traçado do caminho que conduz as partes à ordem jurídica justa. O acesso à justiça é, pois, a ideia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias. Assim, (a) oferece-se a mais ampla *admissão de pessoas e causas* ao processo (universalidade da jurisdição), depois (b) garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o *devido processo legal*, para que (c) possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do *contraditório*), podendo exigir dele (d) a efetividade de uma *participação em diálogo* – tudo isso com vista a preparar uma solução que seja justa e capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação. Eis a dinâmica dos princípios e garantias do processo, em sua interação teleológica apontada para a *pacificação com justiça* (*infra*, cap. 5, nn. 20 e ss.).

Para a *efetividade do processo*, ou seja, para a plena consecução de sua missão social de eliminar conflitos e fazer justiça, é preciso, de um lado, tomar consciência dos escopos motivadores de todo o sistema (sociais, políticos, jurídicos – *supra*, n. 6) e, de outro, superar os *óbices* que a experiência mostra estarem constantemente a ameaçar a boa qualidade de seu produto final. Esses óbices situam-se em quatro *pontos sensíveis* (Barbosa Moreira), a saber:

I) a *admissão ao processo* (ingresso em juízo). É preciso eliminar as dificuldades econômicas, psicológicas ou culturais que impeçam ou desanimem as pessoas de litigar ou dificultem o oferecimento de defesa adequada. A oferta constitucional de *assistência jurídica integral e gratuita* (art. 5º, inc. LXXIV) há de ser cumprida, seja quanto ao juízo civil como ao criminal, de modo que ninguém fique privado de ser convenientemente ouvido pelo juiz por falta de recursos. A justiça não deve ser tão cara que seu custo deixe de guardar proporção com os benefícios pretendidos. É preciso também eliminar o óbice jurídico representado

pelo impedimento de litigar para a defesa de interesses supraindividuais (difusos e coletivos); a regra individualista segundo a qual cada qual só pode litigar para a defesa de seus próprios direitos (CPC, art. 6º) foi profundamente abalada pelo minissistema brasileiro de processo coletivo, formado pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor, que permitem ao Ministério Público, às associações qualificadas segundo a lei, a certos entes públicos e, segundo a opinião amplamente dominante, também à Defensoria Pública pleitear judicialmente em prol de interesses coletivos *lato sensu* – assim como, v.g., pela oferta constitucional e legal do *mandado de segurança coletivo*, que autoriza partidos políticos e entidades associativas a defender os direitos trans-individuais de toda uma categoria mediante uma só iniciativa em juízo (Const., art. 5º, incs. LXX e lei n. 12.016, de 7.8.2009 – *infra*, n. 169);

II) *o modo de ser do processo*. No desenrolar de todo processo (civil, penal, trabalhista) é preciso que a ordem legal de seus atos seja observada (*devido processo legal*), que as partes tenham oportunidade de participar em diálogo com o juiz (*contraditório*), que este seja adequadamente *efetivo* para a busca de elementos destinados à preparação dos julgamentos a serem proferidos. O juiz não deve ser mero espectador dos atos processuais das partes, mas um protagonista ativo de todo o drama processual;

III) *a justiça das decisões*. O juiz deve pautar-se pelo critério de justiça, seja (a) ao conduzir o processo, inclusive a instrução probatória, (b) ao apreciar a prova, (c) ao enquadrar os fatos em normas e categorias jurídicas adequadas ou (d) ao interpretar os textos de direito positivo. Não deve exigir uma prova tão precisa e exaustiva dos fatos, que torne impossível a demonstração destes e impeça o exercício do direito material pela parte. Entre duas interpretações aceitáveis, deve pender por aquela que conduza a um resultado mais justo, ainda que aparentemente a vontade do legislador possa ser em sentido contrário (*a mens legis nem sempre corresponde à mens legislatoris*); deve “pensar duas vezes antes de fazer uma injustiça”, e só mesmo diante de um texto absolutamente sem possibilidade de interpretação em prol da justiça e ausência de pertinentes princípios gerais do direito é que deve conformar-se;

IV) *efetividade das decisões*. Todo processo deve dar a quem tem um direito *tudo aquilo e precisamente aquilo* que ele tem o direito de obter. Essa máxima de nobre linhagem doutrinária constitui verdadeiro *slogan* dos modernos movimentos em prol da *efetividade do processo* e deve servir de alerta contra tomadas de posição que tornem acanhadas ou mesmo inúteis as medidas judiciais, deixando resíduos de injustiça.

O uso adequado de *medidas urgentes* (cautelares ou antecipatórias de tutela jurisdicional – *infra*, n. 216) constitui poderoso instrumental capaz de assegurar os bons resultados das decisões e medidas definitivas que virão. A prisão do devedor de alimentos (Const., art. 5º, inc. LXVII), assim como a aplicação de multas diárias para o descumprimento de obrigações de fazer ou de não fazer, devem concorrer para que o processo cumpra com rapidez e integralmente as suas funções. Os arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil investem o juiz, já em continuação à fase cognitiva do processo, de amplos poderes destinados a pressionar o obrigado a cumprir obrigações de fazer, de não fazer ou de entregar coisa certa reconhecidas em sentença, sem necessidade de instaurar o processo executivo segundo os modelos tradicionais.

11. acesso à justiça pelos meios alternativos

Na hodierna leitura dos meios alternativos de solução de conflitos, sua utilização também se insere no *acesso à justiça* ou acesso à ordem jurídica justa. Pela arbitragem chega-se a uma *sentença* proferida pelo tribunal arbitral, a qual, tanto quanto a sentença judicial, deve representar a justa resposta às pretensões das partes.

Em relação à mediação e à conciliação, a Exposição de Motivos da res. n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça deixa claro que o inciso XXXV do art. 5º da Constituição, que literalmente trata apenas do acesso ao Poder Judiciário, deve ser interpretado como garantia de *acesso à justiça* por qualquer meio adequado de solução de conflitos, como a mediação e a conciliação. Alarga-se com isso o conceito de acesso à justiça, compreendendo os meios alternativos, que se inserem em um amplo quadro de política judicial.

bibliografia

- Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, caps. II, III e IV.
Barbosa Moreira, “A proteção jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos”.
Berizonce, *Efectivo acceso a la justicia*.
Betti, “Processo civil: direito romano”.
Cappelletti, *El acceso a la justicia* (trad.).
Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, nn. 9 ss. (sobre jurisdição), nn. 21-25 (sobre escopos do processo, insatisfações etc.) e nn. 34-36 (sobre a efetividade do processo).
_____, *Execução civil*, n. 1.

- _____, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 39-43.
- Grinover, “A problemática dos interesses difusos”.
- _____, “Conciliação e juizado de pequenas causas”.
- Grinover, Magalhães, Scarance & Gomes, *Juizados Especiais Criminais, Comentários à Lei 9.099, de 26.9.1995*, pp. 14-20, 104-105, 116-119 e 123-127.
- Moreira Alves, *Direito romano*, I, n. 117.
- Watanabe, “Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir”.

CAPÍTULO 3 ***O PROCESSO*** ***E O DIREITO PROCESSUAL***

12. as funções do Estado moderno

O Estado moderno repudia as bases da filosofia política liberal e pretende ser, embora sem atitudes paternalistas, “a providência do seu povo”, no sentido de assumir para si certas funções essenciais ligadas à vida e ao desenvolvimento da nação e dos indivíduos que a compõem. Mesmo na ultrapassada filosofia política do Estado liberal, extremamente restritiva quanto às funções do Estado, a jurisdição esteve sempre incluída como responsabilidade estatal, uma vez que a eliminação de conflitos concorre, e muito, para a preservação e fortalecimento dos valores humanos da personalidade e da própria estabilidade das instituições do país. E hoje, prevalecendo as ideias do *Estado social*, em que ao Estado se reconhece a função fundamental de promover a plena realização dos valores humanos, isso deve servir, de um lado, para pôr em destaque a função jurisdicional pacificadora como fator de eliminação dos conflitos que afligem as pessoas ou grupos e lhes trazem angústia; de outro, para advertir os encarregados do sistema quanto à necessidade de fazer do processo um *meio efetivo para a realização da justiça*.

Afirma-se que o objetivo-síntese do Estado contemporâneo é o *bem comum*, e quando se passa ao estudo da jurisdição é lícito dizer que a projeção particularizada do bem comum nessa área é buscado mediante a *pacificação com justiça*. O Estado brasileiro quer *uma ordem social que tenha como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais* (art. 193) e considera-se responsável por sua efetividade. Para o cumprimento desse desiderato propõe-se a desenvolver sua variada atividade em benefício da população, inclusive intervindo na ordem econômica e na social na medida em que isso seja necessário à consecução do desejado bem comum, ou bem-estar social (*welfare*

state). Essa atividade compreende a realização de obras e prestação de serviços relacionados com a ordem social e econômica, bem como as providências de ordem jurídica destinadas a disciplinar a cooperação entre os indivíduos e a dirimir os conflitos entre pessoas em geral. Tal é a função jurídica do Estado.

13. legislação e jurisdição

No desempenho de sua função jurídica o Estado regula as relações intersubjetivas através de duas ordens de atividades, distintas mas intimamente relacionadas.

Com a primeira, que é a *legislação*, estabelece as normas que, segundo a consciência dominante, devem reger as mais variadas relações, ao estabelecer o que é lícito e o que é ilícito e ao atribuir direitos, poderes, faculdades, obrigações; são normas de caráter genérico e abstrato, ditadas aprioristicamente, sem destinação particular a nenhuma pessoa e a nenhuma situação concreta; são verdadeiros *tipos*, ou modelos de conduta (desejada ou reprovada), acompanhados ordinariamente dos efeitos que seguirão à ocorrência de fatos que se adaptem às previsões.

Com a segunda ordem de atividades jurídicas, consistente na *jurisdição estatal*, cuida o Estado de buscar a realização prática daquelas normas em casos concretos de conflito entre pessoas ou grupos – declarando, segundo o modelo contido nelas, qual é o preceito pertinente a cada um desses casos (processo de conhecimento) e desenvolvendo medidas para que esse preceito seja realmente efetivado (processo de execução). Nesse quadro, a jurisdição é considerada uma *longa manus* da legislação, no sentido de que entre outras finalidades ela tem a de assegurar a prevalência do direito positivo do país.

Costuma ser dito que, enquanto a legislação mira o *futuro*, a jurisdição volta-se ao *passado* mediante a apreciação de fatos concretos já ocorridos, mas essa afirmação não é exata porque há muitos casos em que a jurisdição se volta ao futuro, como se dá na *modulação* das declarações abstratas de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, nas condenações para o futuro em geral (obrigações de trato sucessivo), no mandado de segurança preventivo, nas condenações por obrigação de fazer ou de não fazer, no controle jurisdicional de políticas públicas etc.

Diz-se que as pessoas a quem se dirigem em concreto os preceitos do direito objetivo estão interligadas por uma *relação jurídica* (nexo, derivado do direito, que une dois ou mais sujeitos, atribuindo-lhes poderes,

direitos, faculdades e os correspondentes deveres, obrigações, sujeições, ônus). Através da relação jurídica regulam-se não só os *conflictos de interesses* entre as pessoas, mas também a *cooperação* que estas devem desenvolver em benefício de determinado objetivo comum (são relações jurídicas, p. ex., tanto aquela que constitui um nexo entre credor e devedor quanto a que interliga os membros de uma sociedade empresária ou os cônjuges na constância do matrimônio).

Quando ocorre, na experiência concreta, um fato que se enquadre na previsão de determinada norma, reproduzindo-lhe a hipótese como a cópia reproduz o modelo, o preceito abstrato contido nela gera um preceito concreto, o qual disciplinará então as relações entre as pessoas envolvidas. Surge aqui um sério dissenso entre duas correntes de pensamento a respeito de uma tomada de posição metodológica de suma importância para o estudo científico do direito processual.

Para Chiovenda e outros o ordenamento jurídico cinde-se nitidamente em direito material e direito processual (*teoria dualista* do ordenamento jurídico): o primeiro dita as regras abstratas e estas se tornam concretas no exato momento em que ocorre o fato enquadrado em suas previsões, automaticamente, sem qualquer participação do juiz. O processo visa apenas à *atuação* (ou seja, à realização prática) da vontade do direito em casos determinados, não contribuindo em nada para a formação das normas concretas; o direito subjetivo e a obrigação preexistem a ele. Esta posição, predominante no Brasil, adapta-se muito bem e não é posta em discussão com referência aos casos de processos tradicionais, voltados para o *passado*, em que a análise de fatos já ocorridos e a incidência da norma jurídica sobre eles é suficiente para que o comando da sentença solucione o conflito, aplicando simplesmente a norma pré-estabelecida, sem se projetar para o futuro.

Para outros, como Carnelutti, o direito objetivo não tem condições para disciplinar sempre todos os conflitos de interesses, sendo necessário o processo, muitas vezes, para a complementação dos comandos da lei. O comando contido nesta é incompleto, é como se fosse um *arco* que a sentença completa, transformando-o em *círculo*. Para quem pensa assim (*teoria unitária* do ordenamento jurídico) não é tão nítida a cisão entre o direito material e o direito processual: o processo participaria da criação de direitos subjetivos e obrigações, os quais só nascem efetivamente quando existe uma *sentença*. O processo teria então o escopo de *compor a lide* (ou seja, de editar a regra que soluciona o conflito trazido a julgamento). Há quem sustente (Ada Pellegrini Grinover) que essa posição é mais adequada aos processos que se projetam para o futuro, em que o comando da sentença fixa normas concretas de conduta e edita regras a

serem cumpridas (como nos casos acima descritos, de *modulação* das declarações abstratas de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, nas condenações por obrigação de fazer ou de não fazer, no controle jurisdicional de políticas públicas *etc.*). Em sentido contrário diz-se que o juiz, quer ao dispor para o passado ou para o futuro, não cria normas mas interpreta as que emanam da ordem jurídica como um todo, passando pela lei, pela Constituição, pelos princípios e pelos valores da sociedade, que não são necessariamente os seus. E, como sempre, cumpre-lhe impor essa ordem jurídica que não é fruto de criações suas (Cândido Rangel Dinamarco).

Na grande maioria dos casos não penais os preceitos cumprem-se pela vontade livre das pessoas às quais se dirigem, satisfazendo-se direitos, cumprindo-se obrigações, extinguindo-se normalmente relações pessoais, sem qualquer interferência dos órgãos da jurisdição (ou seja, sem necessidade de qualquer processo). Essa é a vida normal do direito, a sua *fisiologia*; a *patologia* é representada pela dúvida em torno da existência ou significado do preceito concreto ou pela insatisfação de uma pretensão fundada neste. Nesses casos é que o Estado, se estimulado por aquele que tem poder para tal (ação), exercerá soberanamente a jurisdição, fazendo-o através do processo.

A exposição acima não tem pertinência aos preceitos penais, que de acordo com o princípio *nulla poena sine iudicio* só podem ser atuados por meio do processo. O processo penal é indispensável para a solução da controvérsia que se estabelece entre acusador e acusado, ou seja, entre a pretensão punitiva e a liberdade (mas v. *supra*, nn. 7-9, sobre a hoje admissível transação em processo penal). Isso não significa, como é óbvio, que todo processo penal conduza à imposição de uma pena, pois será um instrumento de garantia da liberdade quando pronunciar a inocência do acusado.

O estado de insatisfação, como vem sendo frisado, decorre do voto à satisfação voluntária, ditado pela ordem jurídica (como no caso de pretensões penais e outras), ou da omissão da satisfação por quem poderia ter satisfeito a pretensão.

14. direito material e direito processual

Caracterizada a insatisfação de alguma pessoa em razão de uma pretensão que não pôde ser ou de qualquer modo não foi satisfeita, o Estado poderá ser chamado a desempenhar sua função jurisdicional; e ele o fará em cooperação com ambas as partes envolvidas no conflito ou

com uma só delas (o demandado pode ficar revel), segundo um método de trabalho estabelecido em normas adequadas. A essa soma de atividades em cooperação e à soma de poderes, faculdades, deveres, ônus e sujeições que impulsionam essa atividade dá-se o nome de *processo* – o qual será, conforme o caso, judicial ou arbitral. E chama-se *direito processual* o complexo de normas e princípios que regem tal método de trabalho, ou seja, o exercício conjugado da jurisdição pelo Estado-juíz ou pelo árbitro, da ação pelo demandante e da defesa pelo demandado. *Direito material* é o corpo de normas que disciplinam as relações jurídicas referentes a bens, relações e utilidades da vida (direito civil, penal, administrativo, comercial, tributário, trabalhista *etc.*).

O que distingue fundamentalmente direito material e direito processual é que este cuida das relações dos sujeitos processuais, da posição de cada um deles no processo, da forma de se proceder aos atos deste – sem nada dizer quanto ao bem da vida que é objeto do interesse primário das pessoas (o que entra na órbita do direito substancial).

O direito processual é assim, do ponto de vista de sua função jurídica, um instrumento a serviço do direito material: todos os seus institutos básicos (jurisdição, ação, exceção, processo) são concebidos e justificam-se, no quadro das instituições do Estado, pela necessidade de garantir a autoridade do ordenamento jurídico. O objeto do direito processual reside precisamente nesses institutos, e eles concorrem decisivamente para dar-lhe sua própria individualidade e distingui-lo do direito material.

15. a instrumentalidade do processo

Seja ao legislar ou ao realizar atos de jurisdição, o Estado exerce seu *poder*, o poder estatal. E, assim como a jurisdição desempenha uma função instrumental perante a ordem jurídica substancial (para que esta se imponha em casos concretos), assim também toda a atividade jurídica exercida pelo Estado (legislação e jurisdição, consideradas globalmente) visa a um objetivo maior, que é a pacificação social. É antes de tudo para evitar ou eliminar conflitos entre pessoas, fazendo justiça, que o Estado legisla, julga e executa (o escopo social magno do processo e do direito como um todo). O processo é, nesse quadro, um *instrumento a serviço da paz social*.

Falar em *instrumentalidade do processo*, pois, não é falar somente nas ligações deste com a lei material. O Estado é responsável pelo bem-

-estar da sociedade e dos indivíduos que a compõem: e, estando o bem-estar social turbado pela existência de conflitos entre pessoas, ele se vale do sistema processual para, eliminando os conflitos, devolver à sociedade a paz desejada. O processo é uma realidade desse mundo social, legitimada por três ordens de objetivos que através dele e mediante o exercício da jurisdição o Estado persegue: *sociais, políticos e jurídico*. A consciência dos escopos da jurisdição e sobretudo do seu escopo social magno de *pacificação social* (*supra*, n. 7) constitui fator importante para a compreensão da instrumentalidade do processo, em sua conceituação e endereçamento social e político.

Por outro lado, a instrumentalidade do processo, aqui considerada, é aquele *aspecto positivo* da relação que liga o sistema processual à ordem jurídico-material e ao mundo das pessoas, dos grupos e do Estado, com realce à necessidade de predispô-lo ao integral cumprimento de todos os seus escopos sociais, políticos e jurídico. Falar da instrumentalidade nesse *sentido positivo* é portanto alertar para a necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à *ordem jurídica justa*. Para tanto não só é preciso ter a consciência dos *objetivos a atingir*, como também conhecer e saber superar os óbices econômicos e jurídicos que se antepõem ao livre acesso à justiça (*supra*, n. 10).

Fala-se da instrumentalidade do processo, ainda, pelo seu *aspecto negativo*. Tal é a tradicional postura (legítima também) consistente em alertar para o fato de que ele não é um fim em si mesmo e não deve, na prática cotidiana, ser guindado à condição de fonte geradora de direitos. Os sucessos do processo não devem ser tais que superem ou contrariem os desígnios do direito material, do qual ele é também um instrumento. À aplicação das regras processuais não deve ser dada tanta importância a ponto de, para sua prevalência, ser condenado um inocente ou absolvido um culpado; ou a ponto de ser julgada procedente uma pretensão no juízo cível quando a razão estiver com o demandado. Uma projeção desse *aspecto negativo* da instrumentalidade do processo é o princípio da *instrumentalidade das formas*, segundo o qual as exigências formais do processo só merecem ser cumpridas à risca, sob pena de invalidade dos atos, na medida em que isso seja indispensável para a consecução dos objetivos desejados (v.g., não se anula o processo por vício de citação se o réu compareceu e se defendeu – *infra*, n. 259).

16. linhas evolutivas

A história do direito processual inclui *três fases metodológicas* fundamentais.

Até meados do século passado o processo era considerado simples meio de exercício dos direitos – e daí a expressão *direito adjetivo*, incompatível com a hoje reconhecida independência do direito processual. A *ação* era entendida como o próprio direito subjetivo material que, uma vez lesado, adquiriria forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida. Não se tinha consciência da autonomia da *relação jurídica processual* em face da relação jurídica de natureza substancial eventualmente ligando os sujeitos do processo. Nem se tinha noção do próprio direito processual como ramo autônomo do direito, e muito menos elementos para sua autonomia científica. Foi o longo período de *sincetismo*, que prevaleceu das origens até quando os alemães começaram a especular sobre a natureza jurídica da ação no tempo moderno e acerca da própria natureza jurídica do processo.

A segunda fase foi *autonomista*, ou *conceptual*, marcada pelas grandes construções científicas do direito processual. Foi durante esse período de praticamente um século que tiveram lugar as grandes teorias processuais, especialmente sobre a natureza jurídica da ação e do processo, as condições daquela e os pressupostos processuais, erigindo-se definitivamente uma ciência processual. A afirmação da autonomia científica do direito processual foi uma grande preocupação desse período, em que as grandes estruturas do sistema foram traçadas e os conceitos largamente discutidos e amadurecidos.

Faltou na segunda fase uma postura crítica. O sistema processual era estudado mediante uma visão puramente introspectiva, no exame de seus institutos, de suas categorias e conceitos fundamentais; e visto o processo costumeiramente como mero *instrumento técnico* predisposto à realização da ordem jurídica material, sem o reconhecimento de suas conotações deontológicas e sem a análise de seus resultados na vida das pessoas ou uma suficiente preocupação pela justiça que ele fosse capaz de fazer.

A fase *instrumentalista*, ora em curso, é eminentemente crítica. O processualista moderno sabe que, pelo aspecto técnico-dogmático, sua ciência já atingiu níveis muito expressivos de desenvolvimento mas o sistema continua falho na sua missão de produzir justiça entre os membros da sociedade. É preciso agora deslocar o ponto de vista e passar a ver o processo a partir de um *ângulo externo*, isto é, examiná-lo nos seus resultados práticos. Como tem sido dito em boa doutrina, já não basta encarar o sistema do ponto de vista dos produtores do serviço processual (juízes, advogados, promotores de justiça): é preciso levar em conta o

modo como seus resultados chegam aos *consumidores* desse serviço, ou seja, à população destinatária.

Para o desencadeamento desse novo método, crítico por excelência, foi de muita relevância o florescer do interesse pelo estudo das *grandes matrizes constitucionais do sistema processual*. O *direito processual constitucional*, como método supralegal no exame dos institutos do processo, abriu caminho, em primeiro lugar, para o alargamento dos conceitos e estruturas e superação do confinamento de cada um dos ramos do direito processual. Houve clima metodológico, então, para o desenvolvimento de uma *teoria geral do processo*, favorecendo o progresso científico do processo penal, historicamente muito menos aprimorado que o processo civil. A partir daí, bastou um passo para superar também as colocações puramente jurídicas e com isso passar à crítica sociopolítica do sistema.

Diz-se que no decorrer dessa fase ainda em andamento tiveram lugar *três ondas renovatórias*, a saber: a) uma consistente nos estudos para a melhoria das aberturas para os segmentos menos favorecidos da sociedade, inclusive mediante a assistência judiciária; b) a segunda voltada à tutela dos *interesses supraindividuais*, especialmente no tocante aos consumidores e à higidez ambiental (interesses coletivos e interesses difusos); c) a terceira traduzida em múltiplas tentativas com vista à obtenção de fins diversos, ligados ao modo de ser do processo (simplificação e racionalização de procedimentos, conciliação, equidade social distributiva, justiça mais acessível e participativa etc.).

A terceira fase está longe de exaurir seu potencial reformista. Durante ela já foi possível tomar consciência do relevantíssimo papel deontológico do sistema processual e de sua complexa missão perante a sociedade e o Estado, e não só em face da ordem jurídico-material (os variados *escopos* do processo: *supra*, n. 6). Foi possível ainda localizar os *pontos sensíveis* do sistema, o que constitui passo significativo para a definição das estratégias de reforma (*supra*, n. 10).

Já se obteve também algum progresso no plano prático, especialmente mediante a legislação brasileira sobre *pequenas causas* ou causas de menor complexidade (ampla assistência jurídico-judiciária, ênfase à conciliação, simplificação das formas, maior acessibilidade popular) e *ação civil pública* (tutela jurisdicional referente a interesses supraindividuais), além das *garantias constitucionais do mandado de segurança coletivo* (proteção a interesses supraindividuais de pessoas integrantes de grupos, categorias ou classes), da *assistência jurídica aos necessitados*, da *ação direta de inconstitucionalidade* aberta a diversas entidades

representativas, da exclusão das *provas obtidas por meios ilícitos etc.* (Const., art. 5º, incs. LXX, LXXIV e LVI, e art. 103 – Lei dos Juizados Especiais – Lei da Ação Civil Pública). O *Código do Consumidor* constitui outra conquista dessa fase, especialmente no que toca ao tratamento processual específico ali estabelecido (lei n. 8.078, de 11.9.1990).

Sentem-se progressos também em sede pretoriana, com juízes e tribunais gradativamente conscientizados dos valores humanos contidos nas garantias constitucionais do contraditório e do devido processo legal e necessidade de tratar o processo, sempre, como autêntico meio de acesso à *ordem jurídica justa*. P. ex., tem sido dado especial relevo à presunção de inocência do acusado, ao direito das partes ao processo e observância do procedimento, direito à prova *etc.*

Mas ainda resta muito a fazer. A fase instrumentalista não terá desempenhado o relevante papel que se propõe para o aprimoramento do serviço de pacificação social enquanto não tiver cumprido razoavelmente os propósitos expressos nas três *ondas renovatórias* apontadas e analisadas em sede doutrinária. Se temos hoje uma vida societária de massa, com tendência a um direito de massa, é preciso ter também um *processo de massa*, com a proliferação dos meios de proteção a direitos supraindividuais e relativa superação das posturas individuais dominantes; se postulamos uma sociedade pluralista, marcada pelo ideal isonômico, é preciso ter também um *processo sem óbices econômicos e sociais* ao pleno acesso à justiça; se queremos um processo ágil e funcionalmente coerente com seus escopos, é preciso também *relativizar o valor das formas* e saber utilizá-las e exigí-las na medida em que sejam indispensáveis à consecução do objetivo que justifica a instituição de cada uma delas.

Tudo que já se fez e se pretende fazer nesse sentido visa, como se comprehende, à *efetividade do processo como meio de acesso à justiça*. E a concretização desse desiderato é algo que depende menos das reformas legislativas (importantes embora) que da postura mental dos operadores do sistema (juízes, advogados, promotores de justiça). É indispensável a consciência de que o processo não é mero instrumento técnico a serviço da ordem jurídica, mas, acima disso, poderoso instrumento ético destinado a servir à sociedade e ao Estado.

O reconhecimento das conotações ideológicas do processo constitui um dos passos mais significativos da doutrina processual contemporânea. A mudança de *mentalidade* em relação ao processo é uma necessidade, para que ele possa efetivamente aproximar-se dos legítimos objetivos que justificam sua própria existência.

bibliografia

- Carnelutti, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, I, n. 17.
- Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, n. 1 (linhas evolutivas), nn. 35-36 (aspectos negativo e positivo), nn. 26 ss. (jurisdição e legislação – direito material e processo).
- _____, *Fundamentos do processo civil moderno*, I, caps. II e III.
- _____, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 1-7 e 15-16.
- Liebman, *Manual de direito processual civil*, I, nn. 3 e 26.
- Vidigal, “Escopo do processo civil”.

CAPÍTULO 4

DENOMINAÇÃO, POSIÇÃO ENCICLOPÉDICA E DIVISÃO DO DIREITO PROCESSUAL

17. *denominação*

Diferentes denominações têm sido atribuídas no curso do tempo ao conjunto de conhecimentos relativos ao processo judicial. A análise dos diversos nomes propostos para essa ciência jurídica não é irrelevante, pois eles refletem, aproximadamente, momentos diversos de sua evolução.

Data da época da renovação dos estudos romanísticos no século XI o início das investigações dos juristas em torno dos problemas processuais. Em um primeiro momento, utilizando o material fornecido pelo direito romano e pelo canônico, os autores procuraram penetrar no próprio âmago do processo. Tal período culmina com o *Speculum judiciale* (1271), de Duranti, que resume e condensa toda a doutrina até então elaborada. Essa obra, contudo, já contém em si as sementes da decadência dos estudos processuais que vieram a sucedê-la: plasmando seu livro com preponderante sentido prático, em vista de sua ampla experiência forense, Duranti deu especial realce ao aspecto exterior do processo, em que por largo tempo passaram a se concentrar os autores, com prejuízo da pesquisa de seus *nexos ocultos*.

Proliferaram, de então em diante e por longo tempo, as *práticas* e as *praxes*, cuja simples designação deixava clara a intenção de limitar seu conteúdo ao aspecto externo do fenômeno processual, sem preocupações de ordem científica, mas com objetivos meramente pragmáticos. A denominação *direito judiciário*, vinculada à designação romana do processo (*judicium*) e ao seu principal sujeito (o juiz, o órgão judiciário), revelou, sem dúvida, um progresso no sentido da visão mais científica do objeto da nossa ciência. Tal locução, no entanto, mereceu a crítica de indicar

demais (porque nem todo o judiciário é processual) ou indicar de menos (porque o juiz é apenas o sujeito imparcial do processo, que exige ao menos mais dois sujeitos – os litigantes).

Por influência alemã difundiu-se a expressão *direito processual*, hoje dominante e contra a qual não se podem levantar as mesmas restrições suscitadas contra as demais designações da disciplina.

18. posição enciclopédica do direito processual

Informado por princípios próprios, decorrentes da função do processo e tendo este por objeto específico, o direito processual é uma ciência autônoma no campo da dogmática jurídica. Admitida a autonomia do direito processual, cumpre enquadrá-lo no âmbito geral do direito, relacionando-o com os demais ramos das ciências jurídicas.

Em face da clássica dicotomia que divide o direito em público e privado, o direito processual está claramente incluído no primeiro, uma vez que governa a atividade jurisdicional do Estado. Suas raízes principais prendem-se estreitamente ao tronco do direito constitucional, envolvendo-se suas normas com as de todos os demais campos do direito. O direito constitucional estabelece as bases do direito processual ao instituir o Poder Judiciário, criar os órgãos (jurisdicionais) que o compõem, assegurar as garantias da Magistratura e fixar aqueles princípios de ordem política e ética que consubstanciam o acesso à justiça (*acesso à ordem jurídica justa*) e a garantia do devido processo legal (*due process of law*).

O direito processual, por sua vez, inclusive por meio de disposições contidas no próprio texto constitucional, cria e regula a efetivação dos remédios jurídicos aptos a tornar efetivo todo o ordenamento jurídico, em todos os seus ramos, com o objetivo precípua de dirimir conflitos interindividuais, pacificando e fazendo justiça em casos concretos. E, ademais dessa conexão instrumental genérica que se estabelece entre o direito processual e todos os demais ramos da árvore jurídica, outras existem, mais específicas, que o relacionam com cada um dos ramos do direito substancial.

Com o *direito administrativo* relaciona-se o direito processual porque entre os órgãos jurisdicionais e os órgãos auxiliares da justiça, de um lado, e o Estado, de outro, há vínculos regulados pelo direito administrativo.

E mais: conceituado o processo não só como relação jurídica mas também como procedimento em contraditório (*infra*, n. 185) e tendo em vista o grande movimento rumo à *processualidade administrativa* (*infra*,

n. 41), o processo administrativo também se enquadra no direito processual, ocupando espaço próprio na teoria geral do processo (*infra*, n. 27).

O direito processual prende-se ao *direito penal* porque este estabelece a tutela penal do processo.

Ao *direito civil* fazem frequente remissão as leis processuais, como, p. ex., no que diz respeito à capacidade processual, ao domicílio e à qualificação jurídica da pretensão, com reflexo nas regras da competência etc. Mas tais normas, contidas embora no Código Civil, não são de direito civil propriamente, mas *normas gerais de direito*, de aplicação geral.

19. divisão do direito processual

Como é una a jurisdição, expressão do poder estatal igualmente uno (*infra*, esp. n. 75), uno também é o direito processual, como sistema de princípios e normas para o exercício da jurisdição.

Sobre processo administrativo, *infra*, n. 41 e sobre processo arbitral, *infra* n. 76.

O direito processual como um todo decorre dos grandes princípios e garantias constitucionais pertinentes e a grande bifurcação entre processo civil e processo penal corresponde apenas a exigências pragmáticas relacionadas com o tipo de normas jurídico-substanciais a atuar.

Tanto é assim, que nos domínios do direito de outros povos já se podem invocar exemplos de regulamentação unitária do direito processual civil com o direito processual penal, em um só Código (*Codex iuris canonici*, de 1917 e Código Judicial do Panamá, ainda em vigor. Unitários foram também os Códigos de Honduras e Suécia, hoje revogados).

A própria Constituição Federal brasileira, discriminando a competência legislativa da União e dos Estados (concorrente), refere-se ao direito processual unitariamente considerado, de modo a abranger o direito processual civil e o direito processual penal (arts. 22, inc. I, e 24, inc. XI). E, com efeito, os principais conceitos atinentes ao direito processual, como os de jurisdição, ação, defesa e processo, são comuns àqueles ramos distintos, autorizando assim a elaboração científica de uma *teoria geral do processo*. Pense-se ainda nas noções de coisa julgada, recurso, preclusão, competência, bem como nos princípios do contraditório, do juiz natural, do duplo grau da jurisdição – que são correntes, em igual medida, em ambos os campos do direito processual. Aliás, a unidade funcional do processo revela-se inequivocamente na recíproca *interfe-*

rência entre jurisdição civil e jurisdição penal, decorrente, de um lado, da aplicação do princípio da economia processual (repelir a duplicação de atividades para atingir um único objetivo) e, de outro, da ideia de que há conveniência em evitar decisões judiciais contraditórias sobre a mesma situação de fato.

Obviamente, a unidade fundamental do direito processual não pode levar à falsa ideia da identidade ou uniformização de seus ramos distintos. Conforme a natureza da pretensão sobre a qual incide, o processo será civil ou penal. Processo penal é aquele que apresenta, em um de seus polos contrastantes, uma pretensão punitiva do Estado. E civil, por seu turno, é o que não é penal e por meio do qual se resolvem conflitos regulados não só pelo direito privado, como também pelo direito constitucional, administrativo, tributário, trabalhista etc. (todos, ramos do direito não penal). Disciplinando um e outro processo temos respectivamente o direito processual civil e o direito processual penal, cujas normas espelham as características próprias dos interesses envolvidos no litígio civil e na controvérsia penal. Mas tais características se esmaecem e quase se desvanecem no campo do chamado processo civil *inquisitório*, que gira em torno de interesses indisponíveis, e da ação penal privada, que se prende a interesses disponíveis da vítima.

bibliografia

- Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, I, nn. 10-17.
Carnelutti, *Questioni di processo penale*, pp. 1 ss.
Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, §§ 1º e 2º.
Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 8-10.
Fairén Guillén, *Estudios de derecho procesal*, pp. 23 ss.
Marques, *Instituições de direito processual civil*, I, cap. I.
_____, *Manual de direito processual civil*, I, nn. 1-19.

CAPÍTULO 5

PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO PROCESSUAL

20. conceito

Mediante uma operação de síntese crítica, a ciência processual moderna fixou os preceitos fundamentais que dão forma e caráter aos sistemas processuais. Alguns desses princípios básicos são comuns a todos os sistemas; outros vigem somente em determinados ordenamentos. Assim, cada sistema processual se calca em alguns princípios que se estendem a todos os ordenamentos e em outros que lhe são próprios e específicos. É do exame dos princípios gerais informadores de cada sistema que resultará qualificá-lo naquilo que tem de particular e de comum com os demais, do presente e do passado.

Considerando os escopos sociais e políticos do processo e do direito em geral, além de seu compromisso com a moral e a ética, atribui-se extraordinária relevância a certos princípios que não se prendem à técnica ou à dogmática jurídicas, mas trazem em si seriíssimas conotações éticas, sociais e políticas e valem como algo externo ao sistema processual, servindo-lhe de sustentáculo legitimador.

A experiência jurídica, segundo conhecidíssimo pensamento jurifilosófico, pode ser estudada por três aspectos: fato, valor e norma (Miguel Reale). Pelo ângulo da norma, constrói-se a *epistemologia* (ciência do direito positivo), à qual pertence a dogmática jurídica, que estuda o direito como ordem normativa. Os valores éticos do direito são objeto da *deontologia* jurídica. O fato é estudado pela *culturologia*. Alguns dos princípios gerais do direito processual colocam-se entre a epistemologia e a deontologia, ou seja, entre a norma e o valor ético, no ponto de encontro de ambos.

A doutrina distingue os *princípios gerais* do direito processual daquelas normas ideais que representam uma aspiração de melhoria do

aparelhamento processual; por esse ângulo, quatro regras foram apontadas, sob o nome de *princípios informativos* do processo: a) o *princípio lógico* (seleção dos meios mais eficazes e rápidos de procurar e descobrir a verdade e de evitar o erro); b) o *princípio jurídico* (igualdade no processo e justiça na decisão); c) o *princípio político* (o máximo de garantia social com o mínimo de sacrifício individual da liberdade); d) o *princípio econômico* (processo acessível a todos, com vista ao seu custo e à sua duração).

Apesar de distintas dos princípios gerais, contudo, tais normas ideais os influenciam, embora indiretamente – de modo que os princípios gerais, apesar do forte conteúdo ético de que dotados, não se limitam ao campo da deontologia e perpassam toda a dogmática jurídica, apresentando-se ao estudioso do direito mediante suas projeções sobre o espírito e a conformação do direito positivo. O estudo comparado das tendências evolutivas do processo tem apontado uma orientação comum que inspira todos os ordenamentos do mundo ocidental, mostrando uma tendência centrípeta de unificação que parece ser o reflexo daquelas normas ideais, a imprimirem uma comum ideologia mesmo a sistemas processuais de diferentes matrizes (v.g., os países do *common law* e os ligados à tradição jurídica romano-germânica).

Por outro lado, alguns princípios gerais têm aplicação diversa no campo do processo civil e do processo penal, apresentando, às vezes, feições ambivalentes. Assim, p. ex., vige no sistema processual penal a regra da indisponibilidade, ao passo que na maioria dos ordenamentos processuais civis impõe a disponibilidade; costuma ser dito que a verdade formal prevalece no processo civil, enquanto a verdade real domina o processo penal. Outros princípios, ao contrário, têm aplicação idêntica em ambos os ramos do direito processual (princípios da imparcialidade do juiz, do contraditório, da livre convicção etc.). Aliás, é sobretudo nos princípios constitucionais que se embasam todas as disciplinas processuais, encontrando na Lei Maior a plataforma comum que permite a elaboração de uma teoria geral do processo.

Surge na doutrina moderna (especialmente entre os portugueses – v. Gomes Canotilho e Jorge Miranda) a proposta de classificar os princípios em: a) *estruturantes*, assim considerados aqueles consistentes nas ideias diretivas básicas do processo, de índole constitucional (juiz natural, imparcialidade, igualdade, contraditório, publicidade, processo em tempo razoável etc.); b) *fundamentais*, que seriam aqueles mesmos princípios quando especificados e aplicados pelos estatutos processuais, em suas particularidades; c) *instrumentais*, os que servem como garan-

tia da realização dos princípios fundamentais, como são o princípio da demanda, o do impulso oficial, o da oralidade, o da persuasão racional do juiz *etc.*

21. princípio da imparcialidade do juiz

O caráter de imparcialidade é inseparável dos órgãos exercentes da jurisdição. O juiz, e do mesmo modo o árbitro, coloca-se entre as partes e acima delas: esta é a primeira condição para que possam exercer sua função dentro do processo. A imparcialidade do julgador é pressuposto para que a relação processual se instaure validamente. É nesse sentido que se diz que o órgão jurisdicional deve ser *subjetivamente capaz*.

A incapacidade subjetiva do juiz, ou do árbitro, que se origina da suspeita de sua parcialidade, afeta profundamente a relação processual. Justamente para assegurar sua imparcialidade, as Constituições lhe estipulam garantias (Const., art. 95), prescrevem-lhe vedações (art. 95, par.) e proíbem juízos e tribunais de exceção (art. 5º, inc. XXXVII).

Aos *tribunais de exceção* – instituídos para contingências particulares – contrapõe-se o *juiz natural*, pré-constituído pela Constituição e por lei. Nessa primeira acepção o princípio do juiz natural apresenta um *dúplo significado*: no primeiro consagra a norma de que só é juiz o órgão investido de jurisdição (afastando-se, desse modo, a possibilidade de o legislador julgar, impondo sanções penais sem processo prévio, mediante leis votadas pelo Parlamento, muito em voga no antigo direito inglês (*bill of attainer*)); no segundo impede a criação de tribunais *ad hoc* e de exceção para o julgamento de causas penais ou civis.

As modernas tendências sobre o princípio do juiz natural nele englobam a proibição de subtrair o juiz constitucionalmente competente. Desse modo, a garantia desdobra-se em *três conceitos*: a) só são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; b) ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato; c) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem imperativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja. A Constituição brasileira de 1988 reintroduziu também a garantia do *juiz competente* no art. 5º, inciso LIII.

A *imparcialidade do juiz* é uma garantia de justiça para as partes. Por isso, têm elas o direito de exigir um juiz imparcial – e o Estado, que assumiu a responsabilidade do exercício da função jurisdicional, tem o correspondente dever de agir com imparcialidade na solução das causas que lhe são submetidas.

As organizações internacionais também se preocupam em garantir ao indivíduo a imparcialidade dos órgãos jurisdicionais competentes. Como só a jurisdição subtraída a influências estranhas pode configurar uma justiça que dê a cada um o que é seu e somente através da garantia de um juiz imparcial o processo pode representar um instrumento não apenas técnico, mas também ético, para a solução dos conflitos interindividuais com justiça, o moderno direito internacional não poderia ficar alheio ao problema das garantias fundamentais do homem nem relegar a eficácia do sistema de proteção dos direitos individuais à estrutura constitucional de cada país. Independentemente do reconhecimento de cada Estado, o direito internacional público coloca sob sua garantia os direitos primordiais do homem, inerentes à personalidade humana – entre eles, o direito ao juiz imparcial.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, contida na proclamação feita pela Assembleia-Geral das Nações Unidas reunida em Paris em 1948, estabelece: “toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e *imparcial*, para a determinação de seus direitos e obrigações ou para o exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal”.

22. princípio da igualdade

A igualdade perante a lei é premissa para a afirmação da igualdade perante o juiz: da norma inscrita no art. 5º, *caput*, da Constituição brota o princípio da igualdade processual. As partes e os procuradores devem merecer tratamento igualitário, para que tenham as mesmas oportunidades de fazer valer em juízo as suas razões.

Assim, o art. 125, inciso I, do Código de Processo Civil proclama que compete ao juiz “assegurar às partes igualdade de tratamento”; e o art. 9º determina que se dê curador especial ao incapaz que não o tenha (ou cujos interesses colidam com os do representante) bem como ao réu preso e ao revel citado por edital ou com hora certa. No processo penal ao réu revel é dado defensor dativo e nenhum advogado pode recusar a defesa criminal. Diversos outros dispositivos, nos códigos processuais, consagram o princípio da igualdade.

A absoluta igualdade jurídica não pode, contudo, eliminar a desigualdade econômica; por isso, do primitivo conceito de igualdade, formal e negativa (a lei não deve estabelecer qualquer diferença entre os

indivíduos), clamou-se pela passagem à igualdade substancial. E hoje, na conceituação positiva da isonomia (iguais oportunidades para todos, a serem propiciadas pelo Estado), realça-se o conceito realista, que pugna pela *igualdade proporcional*, a qual significa, em síntese, tratamento igual aos substancialmente iguais. A aparente quebra do princípio da isonomia, dentro e fora do processo, obedece exatamente ao princípio da *igualdade real e proporcional*, que impõe tratamento desigual aos desiguais, justamente para que, supridas as diferenças, se atinja a igualdade substancial. No processo penal o princípio da igualdade é atenuado pelo *favor rei*, postulado básico pelo qual o interesse do acusado goza de prevalente proteção no contraste com a pretensão punitiva.

Consagram a prevalência dos interesses do acusado, entre outras, as normas que impõem a absolvição por insuficiência de provas (CPP, art. 386, inc. VI), a existência de recursos privativos da defesa (arts. 607 e 609, par.) e a revisão criminal somente em favor do réu (arts. 623 e 626, par.).

No processo civil legitimam-se normas e medidas destinadas a reequilibrar as partes e permitir que litiguem em *paridade em armas* sempre que alguma causa ou circunstância exterior ao processo ponha uma delas em condições de superioridade ou de inferioridade em face da outra. Mas é muito delicada essa tarefa de reequilíbrio substancial, a qual não deve criar desequilíbrios privilegiados a pretexto de remover desigualdades.

O interesse público e supostas dificuldades extraordinárias para a defesa em juízo são as razões ordinariamente invocadas para a implantação de verdadeiros privilégios no processo civil, como (a) os prazos em quádruplo e em dobro em benefício da Fazenda e do Ministério Público (CPC, art. 188); b) a necessária remessa do processo ao tribunal competente para a apelação, mesmo que nenhuma das partes haja recorrido, em caso de sentenças proferidas contra a Fazenda Pública (art. 475, §§ 2º e 3º, que timidamente atenuaram esse indesejável privilégio fazendário); c) o tratamento generoso dedicado a esta quando sai vencida no processo e paga honorários do vencedor em percentual inferior ao que pagaria uma parte comum (art. 20, § 4º). Outras prerrogativas, que teoricamente se justificariam pela idoneidade financeira e pelo interesse público, são a procrastinação do pagamento das despesas processuais (dispensa de preparo), a concessão da medida cautelar independentemente de justificação prévia e de caução (arts. 27, 511 e 816, inc. I) e a dispensa do depósito de 5% sobre o valor da causa como requisito para a ação rescisória (art. 488, par.). Tais prerrogativas até poderiam ser

compatíveis com o sistema se não fossem as enormes dificuldades que a própria Constituição Federal impõe a quem pretenda receber créditos dos entes estatais. Há a necessidade de aguardar muito tempo, ou talvez anos e mais anos, para o cumprimento dos precatórios, inclusive com insuportáveis e anti-isônômicos parcelamentos.

É de absoluta legitimidade constitucional a lei que manda dar prioridade, nos juízos inferiores e nos tribunais, às causas de interesse de pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos (CPC, art. 1.211-A c/c lei n. 10.741, de 1.10.2003, art. 71 – Estatuto do Idoso); toma-se em consideração que as partes idosas têm menor expectativa de sobrevida, e na maioria dos casos mais necessitam da tutela jurisdicional.

23. princípios do contraditório e da ampla defesa

O princípio do contraditório também indica a atuação de uma garantia fundamental de justiça: absolutamente inseparável da distribuição da justiça organizada, o princípio da audiência bilateral encontra expressão no brocardo romano *audiatur et altera pars*. Ele é tão intimamente ligado ao exercício do poder, sempre influente sobre a esfera jurídica das pessoas, que a doutrina moderna o considera inerente mesmo à própria noção de processo (*infra*, nn. 185-186).

Como veremos, a bilateralidade da ação gera a bilateralidade do processo. Em todo processo contencioso há ao menos duas partes: autor e réu. O autor (demandante) instaura a relação processual, invocando a tutela jurisdicional, mas a relação processual só se completa e põe-se em condições de preparar o provimento judicial com o chamamento do réu a juízo.

O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes mas equidistante delas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra. Somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz. Somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a *tese* e a outra, a *antítese*) o juiz pode corporificar a *síntese*, em um processo dialético. Por isso foi dito que as partes, em relação ao juiz, não têm papel de antagonistas, mas sim de “colaboradores necessários” – cada um dos contendores age no processo tendo em vista o próprio interesse, mas a ação combinada dos dois serve à justiça na eliminação do conflito que os envolve.

No Brasil o *contraditório* na instrução criminal vinha tradicionalmente erigido em expressa garantia constitucional, sendo deduzido da própria Constituição, indiretamente embora, para o processo civil. Idêntica postura era adotada quanto à garantia da *ampla defesa*, que o contraditório possibilita e que com este mantém íntima ligação, traduzindo-se na expressão *nemo inauditus damnari potest*. A Constituição Federal impõe o contraditório e a ampla defesa em um só dispositivo, aplicável expressamente aos litigantes em qualquer processo, judicial ou administrativo, e aos acusados em geral (art. 5º, inc. LV).

O texto constitucional autoriza o entendimento de que o contraditório e a ampla defesa são também garantidos no processo administrativo ainda quando não punitivo, em que não há acusados mas litigantes (titulares de conflitos de interesses).

No processo penal entendem-se indispensáveis quer a defesa técnica, exercida por advogado, quer a autodefesa, com a possibilidade dada ao acusado de ser interrogado e de presenciar todos os atos instrutórios. Mas, enquanto a defesa técnica é indispensável, até mesmo pelo acusado, a autodefesa é um direito disponível pelo réu, que pode optar pelo direito ao silêncio (Const., art. 5º, inc. LXIII). Decorre de tais princípios a necessidade de que se dê ciência a cada litigante dos atos praticados pelo juiz e pelo adversário. Somente conhecendo-os poderá ele efetivar o contraditório. Entre nós a ciência dos atos processuais é dada mediante a *citação*, a *intimação* ou a *notificação*, conforme o caso.

A legislação brasileira não é uniforme no uso desses vocábulos. Nos Códigos de Processo Civil e Penal *citação* é o ato pelo qual se dá ciência a alguém da instauração de um processo, chamando-o a participar da relação processual (v. CPC, art. 213). *Intimação* é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos do processo, contendo também, eventualmente, comando de fazer ou deixar de fazer alguma coisa (CPC, art. 234). Nesses dois diplomas não se usa *notificação* para designar ato de comunicação processual, seguindo a mesma orientação o Projeto de Código de Processo Penal. Já a Consolidação das Leis do Trabalho e a Lei do Mandado de Segurança usam *notificação* onde deveriam dizer *citação*.

Mas a citação, a intimação e a notificação não constituem os únicos meios para o funcionamento do contraditório; é suficiente que se identifique, sem sombra de dúvida, a ciência bilateral dos atos contrariáveis. Tratando-se de direitos disponíveis (demanda entre maiores, capazes,

sem relevância para a ordem pública), não deixa de haver o pleno funcionamento do contraditório ainda quando a contrariedade não se efetive. É o caso do réu em processo civil que, citado em pessoa, fica revel (CPC, arts. 319 ss.). Sendo indisponível o direito, o contraditório precisa ser efetivo e equilibrado: mesmo revel o réu em processo-crime, o juiz dar-lhe-á defensor (CPP, arts. 261 e 263) e entende-se que, feita uma defesa abaixo do padrão mínimo tolerável, o réu será dado por indefeso e o processo anulado. Por outro lado, a lei n. 9.271, de 17 de abril de 1996, não permite o prosseguimento do processo contra o acusado que, citado por edital, não comparecer nem constituir advogado, suspendendo-se seu curso, juntamente com o prazo prescricional. No processo civil o revel citado por edital ou com hora certa será defendido por um curador nomeado pelo juiz (CPC, art. 9º, inc. II) e o incapaz será assistido pelo Ministério Público (art. 82, inc. I). Em síntese, o contraditório é constituído por dois elementos: a) informação; b) reação (esta, meramente possibilitada nos casos de direitos disponíveis).

O contraditório não admite exceções: mesmo nos casos de urgência, em que o juiz, para debelar o *periculum in mora*, provê *inaudita altera parte* (CPC, arts. 929, 932, 937, 813 ss.), o demandado poderá desenvolver sucessivamente a atividade processual plena e sempre antes que o provimento se torne definitivo.

Em virtude da natureza constitucional do contraditório, deve ele ser observado não apenas formalmente, mas sobretudo pelo aspecto substancial, sendo inconstitucionais as normas que não o respeitem.

O *inquérito policial* é mero procedimento administrativo que visa à colheita de provas para informações sobre o fato infrigente da norma e sua autoria. Não existe acusação nessa fase, onde se fala em *indiciado* (e não *acusado*, ou *réu*), mas não se pode negar que após o indiciamento surja o conflito de interesses, com *litigantes* (Const., art. 5º, inc. LV). Por isso, se não houver contraditório os elementos probatórios do inquérito não poderão ser aproveitados no processo, salvo quando se tratar de provas antecipadas, de natureza cautelar (como o exame de corpo de delito), em que o contraditório é diferido. Além disso, os direitos fundamentais do indiciado têm de ser plenamente tutelados no inquérito.

24. princípio da ação – processos inquisitivo e acusatório

O princípio da ação, ou da *demandia*, indica a atribuição à parte da iniciativa de provocar o exercício da função jurisdicional. Como veremos, denomina-se *ação* o direito (ou poder) de ativar os órgãos jurisdic-

cionais visando à satisfação de uma pretensão. A jurisdição é inerte, e para sua movimentação exige a provocação do interessado. É a isto que se denomina princípio da ação: *nemo judex sine actore*.

Tanto no processo penal como no civil a experiência mostra que o juiz que instaurasse o processo por iniciativa própria acabaria ligado psicologicamente à pretensão, colocando-se em posição propensa a julgar favoravelmente a ela. Trata-se do denominado processo inquisitivo, que se mostrou sumamente inconveniente, pela constante ausência de imparcialidade do juiz. E, assim, a ideia de que *tout juge est procureur général* acabou por desacreditar-se, dando margem hoje ao *processo de ação*, que no processo penal corresponde ao *processo acusatório*. No *processo inquisitivo*, onde as funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas em um único órgão, é o juiz que inicia de ofício o processo, que recolhe as provas e que, a final, profere a decisão.

Por contingências históricas, o processo inquisitivo apresenta as seguintes características: é secreto, não contraditório e escrito. Pela mesma razão, desconhece as regras da igualdade ou da liberdade processuais; nenhuma garantia é oferecida ao réu, transformado em mero objeto do processo, tanto que até torturas são admitidas no curso deste para obter a *rainha das provas* – a confissão.

A rigor, é em tese concebível que mesmo em um sistema inquisitivo tais aspectos deixem de se apresentar. Mas, mesmo quando possa haver nele, em tese, o exercício da defesa e do contraditório, sempre lhe faltariam elementos essenciais ao denominado *devido processo legal*, como a publicidade e a posição equidistante do juiz com relação às partes e às provas.

O *processo acusatório*, que prevaleceu em Roma e em Atenas, é um processo penal de partes, em que acusador e acusado se encontram em pé de igualdade; é, ainda, um processo de ação, com as garantias da imparcialidade do juiz, do contraditório e da publicidade.

Ao lado desses dois sistemas ainda existe o *processo penal misto*, em que há somente algumas etapas secretas e não contraditórias. É o caso, v.g., do Código de Processo Penal francês, que contempla um procedimento desenvolvido em três fases: a investigação preliminar perante a polícia judiciária, a instrução preparatória e o julgamento. As duas primeiras são secretas e não contraditórias.

No processo penal brasileiro adota-se o sistema acusatório. Quanto à fase prévia representada pelo inquérito policial, ele configura um procedimento administrativo, sem acusado mas com litigantes (após o

indiciamento), de modo que os elementos probatórios nele colhidos (salvo as provas antecipadas a título cautelar) só podem servir à formação do convencimento do Ministério Pùblico, mas não para embasar uma condenação.

O ordenamento brasileiro adota pois o princípio da demanda, quer na esfera penal (CPP, arts. 24, 28 e 30), quer na esfera civil (CPC, arts. 2º, 128 e 262). Existem todavia exceções, que a própria lei abre, à regra da inércia dos órgãos jurisdicionais: na execução trabalhista, o art. 878 da Consolidação das Leis do Trabalho; em matéria falimentar, os arts. 73 e 74 da lei de falências (*infra*, n. 70).

Explicam-se tais exceções em face da natureza particular do próprio objeto do processo. Tendo este caráter instrumental, é preciso atentar à natureza do direito substancial a cuja atuação ele se volta. A disponibilidade é ilimitada quando se trata de um direito privado, mas tratando-se de direitos públicos as tendências publicistas do processo podem ser exacerbadas, levando a relegar a um segundo plano o princípio da ação. É o que se nota nos ordenamentos socialistas, onde o direito privado se torna irrelevante e o processo assume características de um publicismo extremado, ampliando-se os poderes de ação e de intervenção do órgão jurisdicional (p. ex., arts. 340, § 3º, e 351, § 3º, do CPC da antiga União Soviética). Esse critério repugna aos sistemas ocidentais. É sintomático que a Constituição brasileira tenha prescrito, no art. 129, inciso I, ser função institucional, privativa do Ministério Pùblico, a promoção da ação penal (com o quê vieram a perder a eficácia os arts. 26 e 654, par., do CPP, bem como outros diplomas legislativos, como a lei n. 4.611, de 2.4.1965, na autorização da persecução penal *ex officio*). Como exceção ao princípio da inércia do órgão jurisdicional, no processo penal brasileiro permanece apenas o *habeas corpus* de ofício.

O princípio da ação manifesta-se, em primeiro lugar, através da iniciativa de provocar a movimentação do aparelho jurisdicional, confiada à parte – é o que acabamos de ver. Mas não é só: o que vale para o pedido do autor também vale de igual modo para o pedido que o réu pode formular em juízo contra o autor e que o põe na condição de verdadeiro autor. Tal é a *reconvenção* do processo civil. A reconvenção é algo bem diverso da defesa do réu: ao reconvir o réu move uma nova demanda ao autor, exercendo uma pretensão própria e autônoma, com relação à qual são invertidas as posições das partes no processo. Ali o réu não se defende mas passa ao ataque: também exerce uma ação, no mesmo processo em que é demandado (CPC, art. 315).

E, enfim, como terceira manifestação do princípio da ação, decorre a regra pela qual o juiz – que não pode instaurar o processo por iniciativa

própria – também não pode tomar providências que superem os limites do pedido: *ne eat iudex ultra petita partium* (CPC, arts. 459 e 460).

No processo penal o fenômeno é semelhante. É verdade que o juiz pode dar definição jurídica diversa ao fato delituoso em que se funda a acusação, ainda que daí derive a aplicação de pena mais grave (CPP, arts. 383 e 384, *caput*). Mas nesses casos, observado o contraditório, não se caracteriza julgamento *ultra petita* e sim a livre dicção do direito objetivo pelo juiz, em virtude do conceito *jura novit curia*. O que efetivamente vincula o juiz, delimitando o campo de seu poder de decisão, não é o pedido de condenação por uma determinada infração penal, mas a determinação do fato submetido à sua indagação. A qualificação a ser dada aos fatos constitui juízo de valor que pertence preponderantemente ao órgão jurisdicional. Já quando se altera a configuração dos fatos (CPP, art. 384, § 1º) o Ministério Público terá a possibilidade e o ônus de aditar a denúncia ou queixa.

25. princípios da disponibilidade e da indisponibilidade

Chama-se *poder dispositivo* a liberdade que as pessoas têm de exercer ou não seus direitos. Em direito processual tal poder é configurado pela possibilidade de apresentar ou não uma pretensão em juízo, bem como de apresentá-la da maneira que melhor lhes aprovou ou renunciar a ela (*desistir da ação*) ou a certas situações processuais quando assim preferir. Trata-se do *princípio da disponibilidade processual*. Esse poder dispositivo é quase absoluto no processo civil, mercê da natureza do direito material que se visa a atuar. Sofre limitações quando o próprio direito material é de natureza indisponível, por prevalecer o interesse público sobre o privado.

Pela razão inversa, prevalece no processo criminal o princípio da indisponibilidade (ou da obrigatoriedade). O crime é uma lesão irreparável ao interesse coletivo e a pena é realmente reclamada, para a restauração da ordem jurídica violada. O caráter público das normas penais materiais e a necessidade de assegurar a convivência dos indivíduos na sociedade acarretam a consequência de que o *jus puniendi* seja necessariamente exercido – *nec delicta maneant impunita*. O Estado não tem apenas o direito mas sobretudo o *dever* de punir. Daí a regra de que os órgãos incumbidos da persecução penal oficial não são dotados de poderes discricionários para apreciar a oportunidade ou conveniência da instauração, quer do processo penal, quer do inquérito policial. O princípio

da indisponibilidade está, assim, à base do processo penal em muitos sistemas jurídicos.

Se as infrações são tão insignificantes a ponto de a *persecutio criminis* tornar-se inconveniente, cabe ao legislador não configurar tais fatos como ilícitos penais. Mas, uma vez enquadrado um fato na tipificação legal pelo direito objetivo, costuma-se afirmar que nenhuma parcela de discricionariedade pode ser atribuída aos órgãos incumbidos da persecução. Todavia, mesmo os sistemas penais filiados ao princípio da obrigatoriedade admitem alguma atenuação do princípio, abrindo caminho para a discricionariedade, regulada por lei, ao menos com relação às infrações penais de menor gravidade. A Constituição Federal, atenta a essa tendência, contempla a transação, em matéria penal, para as denominadas *infrações de menor potencial ofensivo* (art. 98, inc. I), no que foi secundada pela Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (*supra*, nn. 7 e 9).

Antes disso os juízes paulistas e a cúpula do Ministério Público vinham admitindo o pedido de arquivamento de inquérito policial pelo promotor de justiça nos casos de lesões corporais leves oriundas de contendas entre cônjuges que depois se tivessem composto, voltando à normalidade da vida conjugal.

Como consequência do princípio da obrigatoriedade, nos crimes de ação pública a autoridade policial é obrigada a proceder às investigações preliminares (CPP, art. 5º) e o órgão do Ministério Público deve necessariamente apresentar a denúncia (salvo nas infrações penais de menor potencial ofensivo) – ou seja, a deduzir em juízo a pretensão punitiva (art. 24). Diante disso, o art. 28 do Código de Processo Penal exige para o pedido de arquivamento do inquérito por parte do Ministério Público a invocação de razões, que podem ser rechaçadas pelo juiz, com subsequente remessa dos autos ao Procurador-Geral. Se este insistir no arquivamento, todavia, o juiz será obrigado a atendê-lo, o que indica o risco de alguma mitigação do princípio da indisponibilidade, em benefício, porém, do princípio da ação.

O princípio da obrigatoriedade sofre outras limitações: a) nos casos de ação penal privada o *jus accusationis* é confiado ao ofendido ou a quem legalmente o represente, instaurando-se o processo somente se estes o desejarem; b) nos crimes de ação penal pública condicionada à representação os órgãos públicos ficam na dependência da manifestação da vontade da vítima ou de seu representante legal; c) assim também ocorre nos crimes cuja ação seja subordinada a requisição do Ministro

da Justiça; d) nas infrações penais de menor potencial ofensivo, de ação condicionada à representação, a transação civil acarreta a extinção da punibilidade penal; e) o Ministério Público, em vez de oferecer denúncia, pode propor a imediata aplicação de pena alternativa (restritiva de direitos ou multa) quando não houver transação civil ou a ação for pública incondicionada; f) nos crimes de média gravidade o Ministério Público pode propor a suspensão condicional do processo. Tais exceções são legitimadas por razões específicas e não derrogam a regra geral, que é de indisponibilidade do processo criminal.

Derrogações ao princípio geral são encontradas, em medida maior ou menor, na maioria dos ordenamentos processuais modernos. Assim, v.g., o Código de Processo Penal alemão de 1924 permite ao Ministério Público abster-se da acusação se a culpa do agente é leve e insignificantes as consequências do ilícito; o mesmo quanto aos crimes praticados fora do território alemão, dadas as dificuldades e gastos na persecução. Os ordenamentos italiano e português seguem a linha da “discricionariedade regulada” nos Códigos de Processo Penal de 1988 e de 1987, respectivamente, com atenuação do princípio da indisponibilidade nas hipóteses previstas em lei e com controle jurisdicional, no que foram seguidas pela nossa Lei dos Juizados Especiais.

Tudo que se disse com relação ao princípio da indisponibilidade na instauração do inquérito policial e da ação penal também diz respeito à tramitação desta (regra da *irretratabilidade*). O art. 17 do Código de Processo Penal proíbe à autoridade policial, uma vez instaurado o inquérito, deixar de continuar suas investigações ou arquivá-lo; e o art. 42 dispõe que o Ministério Público não pode desistir da ação penal. Tão importante é o princípio da indisponibilidade da ação penal, que chega a atingir a matéria de recursos, pois não poderá o Ministério Público desistir do recurso interposto (CPP, art. 576). Pode, porém, pedir a absolvição do réu: esse “pedido” não vale por desistência da acusação e não passa, na prática, de mero parecer, podendo o juiz, apesar dele, proferir sentença condenatória (art. 385). Eis mais uma prova de que a pretensão punitiva, pertencente ao Estado, é indisponível.

Também nessa fase da *persecutio criminis* o princípio sofre exceções nos casos de crimes de ação privada, nos quais se admite renúncia, perdão e perempção (CPP, arts. 49, 51 ss. e 60). A situação é diversa na ação pública dependente de representação, pois esta se torna irretratável depois de oferecida a denúncia (art. 25), ou seja, depois de iniciada a ação (v. tb. CP, art. 102).

Outra decorrência da indisponibilidade do processo penal é a regra pela qual os órgãos incumbidos da *persecutio criminis* devem ser *estatais* (regra de *oficialidade*). Sendo eminentemente pública a função penal, a pretensão punitiva do Estado também deve ser deduzida por agentes públicos. Em Roma, no período republicano, a função de acusar podia ser cometida a qualquer do povo, *uti civis*; mas a experiência não surtiu efeitos, ocasionando vários inconvenientes práticos. Desse modo, só excepcionalmente as legislações modernas permitem que tal função fique a cargo de qualquer do povo – mas a Inglaterra, os Estados Unidos da América do Norte e a Espanha permitem, em alguns casos, a qualquer cidadão o exercício da persecução penal.

É a denominada *ação penal popular*, que no ordenamento brasileiro atual só se permite nos crimes de responsabilidade praticados pelo Procurador-Geral da República ou por Ministros do Supremo Tribunal Federal (lei n. 1.079, de 10.4.1950, arts. 41, 58, 65 e 66).

Entre nós o princípio da oficialidade só apresenta restrições nos casos de ação penal privada e nos casos de crimes de responsabilidade suprarreferidos. Excluindo tais exceções, o princípio não sofre outras limitações: à polícia judiciária compete a instauração do inquérito (CPP, arts. 4º e 5º) e ao órgão do Ministério Público a promoção da ação penal (art. 24).

A regra da oficialidade desdobra-se na *autoridade* (pois o órgão oficial é uma autoridade pública, que tem o poder-dever da persecução penal) e na *oficiosidade*. As autoridades incumbidas da *persecutio criminis* devem exercer suas funções de ofício, sem necessidade de provocação ou assentimento de outrem.

Novamente nos defrontamos, aqui, com a exceção constituída pelos crimes de ação privada, em que inquérito policial e ação penal só se iniciam por provocação do interessado (CPP, arts. 5º, § 5º, e 30). Outra exceção é constituída pelos crimes de ação pública dependente de representação ou de requisição do Ministro da Justiça.

A regra da oficiosidade não impede, porém, que qualquer pessoa do povo provoque a iniciativa do Ministério Público, fornecendo-lhe informações sobre o fato e a autoria nos crimes de ação pública (CPP, art. 27). E mesmo nos crimes de ação pública é admitida ação privada se aquela não for intentada no prazo legal, embora sem privar o Ministério Público de seus poderes processuais (CPP, art. 29 – disposição alçada ao nível constitucional pelo art. 5º, inc. LIX).

**26. princípio dispositivo e princípio da livre investigação das provas
– a verdade real e a chamada verdade formal**

O princípio dispositivo consiste na regra de que o juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto às provas e às alegações em que se fundamentará a decisão: *judex secundum allegata et probata partium iudicare debet*.

O poder de disposição das partes em relação ao desenvolvimento do processo é consequência da própria estrutura deste. Vários fatores influem na regulamentação dos poderes do juiz no processo: uns, político-filosóficos, outros técnicos e outros, ainda, locais – jamais perdendo-se de vista o mais importante dogma relativo ao juiz, que é o zelo por sua própria imparcialidade. Na doutrina contemporânea reserva-se a locução *princípio dispositivo*, como no texto acima está, para a regra da iniciativa probatória de parte. Não confundir essa regra com a da *disponibilidade* (*supra*, n. 25), não obstante a semelhança vocabular.

Tem dito a doutrina que o mais sólido fundamento do princípio dispositivo parece ser a necessidade de salvaguardar a imparcialidade do juiz. O princípio é de inegável sentido liberal, porque a cada um dos sujeitos envolvidos no conflito *sub judice* é que deve caber o primeiro e mais relevante juízo sobre a conveniência ou inconveniência de demonstrar a veracidade dos fatos alegados. Acrescer excessivamente os poderes do juiz significaria, em última análise, atenuar a distinção entre processo dispositivo e processo inquisitivo.

Todavia, diante da colocação publicista do processo, não é mais possível manter o juiz como mero espectador da batalha judicial. Afirmando a autonomia do direito processual e enquadrado como ramo do direito público, e verificada sua finalidade preponderantemente socio-política, a função jurisdicional evidencia-se como um poder-dever do Estado, em torno do qual se reúnem os interesses dos particulares e os do próprio Estado. Assim, a partir do último quartel do século XIX os poderes do juiz foram paulatinamente aumentados: passando de espectador inerte à posição ativa, coube-lhe não só impulsionar o andamento da causa, mas também determinar provas em certas circunstâncias, conhecer *ex officio* de circunstâncias que até então dependiam da alegação das partes, dialogar com elas, reprimir-lhes eventuais condutas irregulares etc. Dentro desses princípios elaboraram-se os códigos processuais civis da Alemanha, da Itália e da Áustria, bem como os nossos, a partir de 1939.

No processo penal sempre predominou o sistema da livre investigação de provas. Mesmo quando no processo civil se confiava exclusivamente no interesse das partes para o descobrimento da verdade, tal critério não poderia ser seguido nos casos em que o interesse público limitasse ou excluísse a autonomia privada – porque, enquanto no processo civil em princípio o juiz pode satisfazer-se com a chamada *verdade formal* (ou seja, aquilo que resulta ser verdadeiro em face das provas carreadas aos autos), no processo penal o juiz deve atender à averiguação e ao descobrimento da *verdade real* (ou verdade material) como fundamento da sentença. A natureza pública do interesse repressivo exclui limites artificiais que se baseiem em atos ou omissões das partes.

À vista disso, quando a causa não penal versa sobre relações jurídicas em que o interesse público prevalece sobre o privado não há concessões à verdade formal. Nas causas versando direito de família ou infotunística de longa data se faz presente o órgão do Ministério Público e o juiz não está vinculado ao impulso das partes. Eis o fundamento político-jurídico do princípio.

No campo do processo civil, embora o juiz hoje não mais se limite a assistir inerte à produção das provas, pois em princípio pode e deve assumir a iniciativa destas (CPC, arts. 130, 342 etc.), na maioria dos casos (direitos disponíveis) pode satisfazer-se com a prova produzida por iniciativa das partes, limitando-se a acolher o que estas hajam levado ao processo e eventualmente rejeitando a demanda ou a defesa por falta de elementos probatórios.

No processo penal, porém, o fenômeno é inverso: só excepcionalmente o juiz penal se satisfaz com a verdade formal, quando não disponha de meios para assegurar a verdade real (CPP, art. 386, inc. VI). Assim, p. ex.: absolvido o réu, não poderá ser instaurado novo processo criminal pelo mesmo fato após a coisa julgada, ainda que venham a ser descobertas provas concludentes contra ele. É uma concessão à verdade formal, ditada por motivos políticos.

Mas, enquanto no processo civil o princípio dispositivo foi aos poucos se mitigando, a ponto de permitir-se ao juiz uma ampla gama de atividades instrutórias de ofício (v. ainda CPP, art. 440), o processo penal caminhou em sentido oposto, não apenas substituindo o sistema puramente inquisitivo pelo acusatório (no qual se faz uma separação nítida entre acusação e jurisdição – CPP, art. 28), mas ainda fazendo concessões ao princípio dispositivo (art. 386, inc. VI), sem falar na Lei dos Juizados Especiais (lei n. 9.099, de 26.9.1995).

Conclui-se pois que o processo civil, hoje, não é mais eminentemente dispositivo, como era outrora; e o processo penal, por sua vez, transformando-se de inquisitivo em acusatório, não deixou completamente à margem uma parcela de dispositividade das provas. Impera, portanto, tanto no campo processual penal como no campo processual civil, o princípio da livre investigação das provas, embora com doses maiores de dispositividade no processo civil.

Tal tendência é universal: o sistema da livre investigação não é devido a particulares regimes políticos, pois existe em vários Estados liberais (Austrália, Suíça, França, Inglaterra) e o próprio Brasil já o conhecia, desde o Código estadual da Bahia, de 1915. Essa marcha para o denominado *processo civil autoritário* é consequência da colocação publicista, correspondendo àquilo que se convencionou denominar *socialização do direito*. Mas o poder discricionário do juiz está contido no âmbito da lei, não se confundindo com arbítrio: o juiz age, na direção do processo, *solutus partibus*, mas não *solutus lege*.

Diante disso, vejamos como se assegura no Brasil a livre investigação das provas pelo juiz.

No processo penal é tão absoluto o princípio (*cfr., v.g.*, o cuidado do legislador ao estabelecer a regra do art. 197 do CPP, sobre a confissão), que mais correto seria falar nas exceções ao princípio, que são notavelmente escassas; já apontamos a impossibilidade de mover nova ação penal contra o réu absolvido, mesmo que outras provas apareçam depois.

O Código de Processo Civil não só manteve a tendência publicista, que abandonara o rigor do princípio dispositivo, permitindo ao juiz participar da colheita das provas necessárias ao completo esclarecimento da verdade, como ainda reforçou os poderes diretivos daquele (arts. 125, 130, 131, 330, 342 e 440). O sistema adotado representa uma conciliação do princípio dispositivo com o da livre investigação judicial.

Na justiça trabalhista os poderes do juiz na colheita das provas também são amplos (CLT, art. 765).

27. *princípio do impulso oficial*

É o princípio pelo qual compete ao juiz, uma vez instaurada a relação processual, mover o procedimento de fase em fase, até exaurir a função jurisdicional. Trata-se, sem dúvida, de princípio do direito processual mas, por prender-se intimamente ao procedimento (veste formal do processo), é preferível analisá-lo em outra sede (*infra*, n. 255).

28. princípio da oralidade

Aqui também, por uma questão de método, relega-se a outra sede mais adequada o estudo desse princípio, indissoluvelmente ligado ao procedimento (*infra*, n. 254).

29. princípio da persuasão racional do juiz

Tal princípio regula a apreciação e a avaliação das provas existentes nos autos, indicando que o juiz deve formar livremente sua convicção. Situa-se entre o sistema da *prova legal* e o do julgamento *secundum conscientiam*.

O primeiro (*prova legal*) significa atribuir aos elementos probatórios valor inalterável e prefixado, que o juiz aplica mecanicamente. O segundo coloca-se no polo oposto: o juiz pode decidir com base na prova dos autos mas também sem provas e até mesmo contra a prova. Exemplo do sistema da prova legal é dado pelo antigo processo germânico, onde a prova representava, na realidade, uma invocação a Deus. Ao juiz não competia a função de examinar o caso mas somente a de ajudar as partes a obter a decisão divina; a convicção subjetiva do tribunal só entrava em jogo com relação à atribuição da prova. O princípio da prova legal também predominou largamente na Europa, no direito romano-canônico e no comum, com a determinação de regras aritméticas e de uma complicada doutrina envolvida em um sistema de presunções, na tentativa da lógica escolástica de resolver tudo *a priori*.

O princípio *secundum conscientiam* é adotado, embora com certa atenuação, pelos tribunais do júri, compostos por juízes populares.

A partir do século XVI, porém, começou a delinear-se o sistema intermediário do *livre convencimento do juiz*, ou da persuasão racional, que se consolidou sobretudo com a Revolução Francesa. Um decreto da Assembleia Constituinte de 1791 determinava aos jurados que julgassem *suivant votre conscience et votre intime conviction*; o Código napoleônico de processo civil acolheu implicitamente o mesmo princípio. Mas foi sobretudo com os estatutos processuais da Alemanha e da Áustria que o juiz se libertou completamente das fórmulas numéricas. O Brasil também adota o princípio da persuasão racional: o juiz não é desvinculado da prova e dos elementos existentes nos autos (*quod non est in actis non est in mundo*) mas sua apreciação não depende de critérios legais determinados *a priori*. O juiz só decide com base nos elementos existentes no

processo, mas os avalia segundo critérios críticos e racionais (CPC, arts. 131 e 436 – CPP, arts. 157 e 182).

Essa liberdade de convicção, porém, não equivale à formação arbitrária desta: o convencimento deve ser *motivado* (Const., art. 93, inc. IX – CPP, art. 381, inc. III – CPC, arts. 131, 165 e 458, inc. II), não podendo o juiz desprezar as regras legais porventura existentes (CPC, art. 334, inc. IV – CPP, arts. 158 e 167) e as *máximas de experiência* (CPC, art. 335).

O princípio do livre convencimento do juiz prende-se diretamente ao sistema da *oralidade* e especificamente a um de seus postulados, a imediação (*infra*, n. 254).

30. a exigência de motivação das decisões judiciais

Outro importante princípio, voltado como o da publicidade ao controle popular sobre o exercício da função jurisdicional, é o da necessária motivação das decisões judiciais. Na linha de pensamento tradicional a motivação das decisões judiciais era vista como garantia das partes, com vista à possibilidade de sua impugnação para efeito de reforma. Era só por isso que as leis processuais comumente asseguravam a necessidade de motivação (CPP, art. 381 – CPC, art. 165 c/c art. 458 – CLT, art. 832). Mais modernamente foi sendo salientada a *função política* da motivação das decisões judiciais, cujos destinatários não são apenas as partes e o juiz competente para julgar eventual recurso, mas *quisquis de populo*, com a finalidade de aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões.

Por isso, diversas Constituições – como a belga, a italiana, a grega e diversas latino-americanas – haviam erguido o princípio da motivação à estatura constitucional, sendo agora seguidas pela vigente Constituição Federal brasileira, a qual veio a adotar em norma expressa (art. 93, inc. IX) o princípio que antes se entendia defluir do § 4º do art. 153 da Constituição de 1969.

Bem andou o constituinte ao explicitar a garantia da necessária motivação de todas as decisões judiciais, pondo assim cobro a situações em que o princípio não era observado. A Constituição de 1988 cuidou também de impedir a exigência da *arguição de relevância* como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, a ser verificado secretamente, em *conselho* e independentemente de qualquer motivação. Seu art. 102 não formula essa exigência e não deixa ao Regimento

Interno do Supremo Tribunal Federal, como na Carta precedente se deixava, a permissão de formulá-la. A emenda constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, veio a reprimir a antiga *arguição de relevância*, agora com a exigência da *repercussão geral* para que o recurso extraordinário possa ser conhecido – mas, à luz do disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, seria constitucionalmente ilegítima alguma disposição legal ou regimental que viesse a dispensar a motivação nas decisões a esse respeito.

31. princípio da publicidade

O princípio da publicidade do processo constitui uma preciosa garantia do indivíduo no tocante ao exercício da jurisdição. A presença do público nas audiências e a possibilidade do exame dos autos por qualquer pessoa representam o mais seguro instrumento de fiscalização popular sobre a obra dos magistrados, promotores públicos e advogados. Em última análise, o povo é o juiz dos juízes. E a responsabilidade das decisões judiciais assume outra dimensão quando tais decisões hão de ser tomadas em audiência pública, na presença do povo.

Foi pela Revolução Francesa que se reagiu contra os juízos secretos e de caráter inquisitivo do período anterior. São famosas as palavras de Mirabeau perante a Assembleia Constituinte: *donnez-moi le juge que vous voudrez, partial, corrupt, mon ennemi même, si vous voulez, peu m'importe, pourvu qu'il ne puisse rien faire qu'à la face du public.* Realmente, o sistema da publicidade dos atos processuais situa-se entre as maiores garantias de independência, imparcialidade, autoridade e responsabilidade do juiz.

Ao lado dessa publicidade, que também se denomina *popular*, outro sistema existe (chamado de publicidade para as partes ou *restrita*), pelo qual os atos processuais são públicos só com relação às partes e seus defensores ou a um número reduzido de pessoas. Com isso garantem-se os indivíduos contra os males dos juízos secretos, mas evitando alguns excessos (*supra*, n. 28).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, solenemente proclamada pelas Nações Unidas em 1948, garante a publicidade popular dos juízos (art. 10º), e a ordem jurídica brasileira outorga a esse princípio o *status constitucional*, dispondo que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos

nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (Const., art. 93, inc. IX). Antes da Constituição Federal de 1988 o princípio da publicidade era afirmado exclusivamente em nível infraconstitucional (CPC, art. 155 – CPP, art. 792; CLT, art. 770).

O Código de Processo Civil, por sua vez, restringe o direito de consultar autos às partes e a seus procuradores. O terceiro só tem direito a certidões do dispositivo da sentença e de inventários e partilhas resultantes de separação judicial ou divórcio; e somente o tem quando amparado por interesse jurídico (art. 155, par.). O Código de Processo Civil de 1939 não continha tal restrição (arts. 5º e 19). É o princípio da *publicidade restrita*, que o atual Código adotou nesse dispositivo e cuja eficácia deverá agora ser reavaliada em face da norma constitucional superveniente que somente admite a limitação da publicidade às partes ou aos seus procuradores quando o interesse público o exigir (art. 5º, inc. LX).

A regra geral da publicidade dos atos processuais encontra exceção nos casos em que o decoro ou o interesse social aconselhem que eles não sejam divulgados. É o que dispõem o art. 155, incisos I e II, Código de Processo Civil bem como os arts. 483 e 792, § 1º, do Código de Processo Penal. Também nesses casos adota-se, por motivos óbvios, a publicidade restrita, em plena consonância com o inciso IX do art. 93 e até com expressa autorização concedida no art. 5º, inciso LX, da Constituição Federal.

No campo penal, a lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995, sobre organizações criminosas, cerca de sigilo o resultado de investigações de que chega a incumbir o próprio juiz, em dispositivo de duvidosa constitucionalidade (art. 3º); e a lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996, regulando as interceptações telefônicas, também trata seu resultado como sigiloso (art. 8º). Mas o sigilo só pode ser temporário, enquanto estritamente necessário, não podendo sacrificar o contraditório, ainda que deferido.

Nesse quadro sistemático toda precaução há de ser tomada contra a exasperação do princípio da publicidade. Os modernos canais de comunicação de massa podem representar um perigo tão grande quanto o próprio segredo. As audiências televisionadas têm provocado em vários países profundas manifestações de protesto. Não só os juízes são perturbados por uma curiosidade malsã, como as próprias partes e as testemunhas veem-se submetidas a excessos de publicidade que

infringem seu direito à intimidade, além de conduzirem à distorção do próprio funcionamento da Justiça através de pressões impostas a todos os figurantes do drama judicial. Publicidade, como garantia política cuja finalidade é o controle da opinião pública nos serviços da justiça, não pode ser confundida com o sensacionalismo que afronta a dignidade humana. Cabe à técnica legislativa encontrar o justo equilíbrio e dar ao problema a solução mais consentânea em face da experiência e dos costumes de cada povo.

Pelas razões já expostas, o inquérito policial é sigiloso, nos termos do art. 20 do Código de Processo Penal. O Estatuto da Advocacia, contudo, estabelece como direitos do advogado o de “examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos” (art. 7º, inc. XIV), e o de “ingressar livremente nas salas e dependências de audiências, secretarias, cartórios, ofícios de justiça, serviços notariais e de registro, e, no caso de delegacias e prisões, mesmo fora da hora de expediente e independentemente da presença de seus titulares” (art. 7º, inc. VI, letra b). Com isso, praticamente desapareceu o sigilo dos inquéritos.

No *processo arbitral*, que se realiza no interesse das partes, sem conotações publicistas, a publicidade pode ser excluída pela vontade dos litigantes, manifestada na convenção de arbitragem ou em ato ulterior (pacto de confidencialidade).

32. princípio da lealdade processual

Sendo o processo, por sua índole, eminentemente dialético, é reproduzível que as partes se sirvam dele faltando ao dever de verdade ou por qualquer outro modo agindo deslealmente e empregando artifícios fraudulentos. Já vimos que o processo é instrumento posto à disposição das partes não somente para a eliminação de seus conflitos e para que possam obter resposta às suas pretensões, mas também para a pacificação geral na sociedade e a atuação do direito. Diante dessas suas finalidades, que lhe outorgam profunda inserção sociopolítica, deve ele revestir-se de uma dignidade que corresponda a seus fins. O princípio que impõe esses deveres de moralidade e probidade a todos aqueles que participam do processo (partes, juízes e auxiliares da Justiça, advogados e membros do Ministério Público) denomina-se *princípio da lealdade processual*.

Por influência do Código de Processo Civil Modelo para a América Latina, o Código de Processo Civil consigna expressamente que a

disciplina moralizadora contida em seus arts. 14 ss. endereça-se a “todos aqueles que de alguma forma participam do processo” – o que inclui o juiz, as partes principais, todos os possíveis intervenientes, seus advogados, o Ministério Público, a Fazenda Pública e os auxiliares da Justiça em geral.

Mas uma coisa é certa: a relação processual, quando se forma, encontra as partes conflitantes em uma situação psicológica pouco propícia a manter um clima de concórdia; e o processo poderia prestar-se, mais que os institutos de direito material, ao abuso do direito. As regras condensadas no denominado princípio da lealdade visam exatamente a conter os litigantes e a lhes impor uma conduta que possa levar o processo à consecução de seus objetivos. O desrespeito ao dever de lealdade processual traduz-se em *ilícito processual* (compreendendo o dolo e a fraude processuais), ao qual correspondem sanções processuais.

A preservação do comportamento ético dos sujeitos do processo chega a ser uma das preocupações fundamentais do Código de Processo Civil. Partes e advogados, serventuários, membros do Ministério Público e o próprio juiz estão sujeitos a sanções pela infração de preceitos éticos e deontológicos, que a lei define minuciosamente (arts. 14, 15, 17, 18, 31, 133, 135, 144, 147, 153, 193 ss., 600 e 601).

A jurisprudência tem interpretado com cautela essas disposições, para evitar sérias lesões ao princípio do contraditório. Aliás, o rigor do Código na definição das infrações éticas foi mitigado pela lei n. 6.771, de 27 de março de 1980, que, alterando seu art. 17, retirou do rol dos atos do litigante de má-fé a conduta meramente culposa. O perigo permanece na *execução*, pois o devedor será afastado do contraditório se “não indicar ao juiz onde se encontram os bens” a ela sujeitos (arts. 600 e 601).

O estatuto processual penal não denota especial preocupação com a lealdade processual (*cfr.*, porém, seus arts. 799 e 801), mas o Código Penal comina pena de detenção para a fraude em processo civil ou procedimento administrativo, determinando sua aplicação em dobro quando a fraude se destina a produzir efeitos em processo penal.

Parte da doutrina mais antiga manifesta-se contrariamente ao princípio da lealdade, principalmente no processo civil, por considerá-lo instituto inquisitivo e contrário à livre disponibilidade das partes e até mesmo “instrumento de tortura moral”. Hoje, porém, a doutrina tende a considerar essa concepção como um reflexo processual da ideologia individualista do *laissez-faire*, afirmando a oportunidade de um dever de veracidade das partes no processo civil, diante de todas as conotações

publicistas agora reconhecidas ao processo, e negando, assim, a contradição entre a exigência de lealdade e qualquer princípio ou garantia constitucional.

33. princípios da economia e da instrumentalidade das formas

Se o processo é instrumento de realização de justiça e concreta atribuição de bens a quem tiver razão, não seria legítimo exigir um dispêndio exagerado com relação aos bens que estão em disputa. E mesmo quando não se trata de bens materiais deve haver uma necessária proporção entre fins e meios, para equilíbrio do binômio custo-benefício. É o que recomenda o denominado *princípio da economia*, o qual preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais. Típica aplicação desse princípio encontra-se em institutos como a reunião de causas em casos de conexidade ou continência (CPC, art. 105), a própria reconvenção, ação declaratória incidente, litisconsórcio *etc.* Nesses casos a reunião de duas ou mais causas ou demandas em um só processo não se faz apenas com vista à economia mas também para evitar decisões contraditórias.

Importante corolário da economia é o princípio do aproveitamento dos atos processuais (CPC, art. 250, de aplicação geral ao processo civil e ao penal). Exemplos da aplicação desse princípio ao processo civil são encontrados na regra de indiferença na escolha do interdito possessório adequado (CPC, art. 920), bem assim nas regras processuais sobre nulidades processuais quando os atos tiverem alcançado sua finalidade e não prejudicarem a defesa (arts. 154, 244, 248). No processo penal não se anulam atos imperfeitos quando não prejudicarem a acusação ou a defesa e quando não influírem na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa (CPP, arts. 563 e 566).

As nulidades processuais serão objeto de estudo em outro capítulo. Tal questão envolve a análise de outro princípio, decorrente do princípio da economia processual, e que é o da *instrumentalidade das formas*, a ser oportunamente analisado (*infra*, n. 259).

Ainda como postulado do princípio da economia processual inclui-se a adoção de procedimentos sumariíssimos em causas de pequeno valor, os quais são destinados a proporcionar maior rapidez ao serviço jurisdicional (CPC, art. 275, inc. I. e art. 550). O processo das pequenas causas civis, elevado à estatura constitucional e estendido às pequenas causas penais (Const., arts. 24, inc. X, e 98, inc. I), é mais um sistema de intensa aplicação do princípio econômico.

Apesar da importância do princípio da economia processual, é inegável que deve ser sabiamente dosado. A majestade da Justiça não se mede pelo valor econômico das causas, e por isso andou bem o ordenamento brasileiro ao permitir que todas as pretensões e insatisfações dos membros da sociedade, qualquer que seja seu valor, possam ser submetidas à apreciação judiciária (Const., art. 5º, inc. XXXV); e é louvável a orientação do Código de Processo Civil, que permite a revisão das sentenças pelos órgãos da denominada jurisdição superior, em grau de recurso, quaisquer que sejam o valor e a natureza da causa (*infra*, n. 34).

34. princípio do duplo grau de jurisdição

Esse princípio apresenta duas facetas, ou dois aspectos, ambos ligados à existência de órgãos judiciários escalonados em mais de um patamar hierárquico. Em primeiro lugar indica a possibilidade de revisão, por via de recurso, das causas já julgadas pelo juiz de primeiro grau (ou *primeira instância*), que corresponde à denominada *jurisdição inferior*. Garante, assim, um novo julgamento por parte dos órgãos da *jurisdição superior*, ou de segundo grau (também denominada de *segunda instância*). Além disso, constitui também aplicação desse princípio a exigência de que ordinariamente os processos tenham início perante os órgãos inferiores da jurisdição (primeira instância), só podendo chegar aos superiores por via de eventuais recursos. Salvo os casos de competência originária dos tribunais, expressamente delineados na Constituição ou na lei, é vedado *suprimir um grau de jurisdição*, ou seja, postular diretamente perante esses órgãos superiores, sem que tenha havido julgamento por um juízo de primeiro grau.

O juiz, qualquer que seja o grau de jurisdição exercido, tem independência jurídica, pelo quê não está adstrito às decisões dos tribunais de segundo grau, julgando apenas em obediência ao direito e à sua consciência jurídica. As locuções *jurisdição superior* e *jurisdição inferior* indicam apenas a competência daquela para julgar novamente as causas já decididas em primeiro grau – *competência de derrogação* portanto, sem qualquer possibilidade de prévia interferência sobre o modo como o juiz decidirá (*infra*, n. 80). A existência de órgãos superiores e da garantia do duplo grau de jurisdição não interfere nem reduz as garantias de independência dos juízes.

O princípio do duplo grau de jurisdição funda-se na possibilidade de a decisão de primeiro grau ser injusta ou errada, daí decorrendo a necessidade de permitir sua reforma em grau de recurso. Já houve mani-

festações doutrinárias contrárias a esse princípio, fundadas em três alegações: a) não só os juízes de primeiro grau mas também os da jurisdição superior poderiam cometer erros e injustiças no julgamento, por vezes reformando até uma sentença consentânea com o direito e a justiça; b) a decisão em grau de recurso é inútil quando confirma a sentença de primeiro grau, infringindo até o princípio da economia processual; c) a decisão que reforma a sentença da jurisdição inferior é sempre nociva, pois aponta uma divergência de interpretação que daria margem a dúvidas quanto à correta aplicação do direito, produzindo a incerteza nas relações jurídicas e o desprestígio do Poder Judiciário.

A opinião contrária é porém avassaladoramente mais aceita entre os doutrinadores e acatada nos ordenamentos jurídicos em geral, com a convicção de ser mais conveniente dar ao vencido uma oportunidade para o reexame da sentença com a qual não se conforme. Os tribunais de segundo grau, formados em geral por juízes mais experientes e constituindo-se em órgãos colegiados, oferecem maior segurança; e está psicologicamente demonstrado que o juiz de primeiro grau se cerca de maiores cuidados no julgamento quando sabe que sua decisão poderá ser revista pelos tribunais da jurisdição superior.

Mas o principal fundamento para a manutenção do princípio do duplo grau é de *natureza política*: nenhum ato estatal pode ficar imune aos necessários controles. O Poder Judiciário, principalmente onde seus membros não são investidos pelo povo, é, entre todos, o de menor representatividade. Não o legitimaram as urnas, sendo o controle popular sobre o exercício da função jurisdicional ainda incipiente em muitos ordenamentos, como o nosso. É preciso, portanto, que se exerça ao menos o controle interno sobre a legalidade e a justiça das decisões judiciais. Eis a conotação política do princípio do duplo grau de jurisdição.

O duplo grau de jurisdição é, assim, acolhido pela generalidade dos sistemas processuais contemporâneos, inclusive pelo brasileiro. No Brasil ele não é garantido constitucionalmente desde a implantação da República, mas a própria Constituição incumbe-se de atribuir a competência recursal a vários órgãos da jurisdição (art. 102, inc. II, art. 105, inc. II, e art. 108, inc. II), instituindo expressamente, sob a denominação de *tribunais*, órgãos judiciais de segundo grau (v.g., art. 93, inc. III). Ademais, o Código de Processo Penal, o Código de Processo Civil, a Consolidação das Leis do Trabalho, leis extravagantes e as leis de organização judiciária contemplam e disciplinam o duplo grau de jurisdição.

Casos há, porém, em que inexiste o duplo grau de jurisdição: assim, v.g., nas hipóteses de competência originária do Supremo Tribunal

Federal, especificada no art. 102, inciso I, da Constituição. Mas trata-se de exceções constitucionais ao princípio, também constitucional. A Lei Maior pode excepcionar as suas próprias regras.

O direito brasileiro, na esteira do norte-americano, atribui ao órgão de cúpula da jurisdição – o Supremo Tribunal Federal – certas atribuições que o colocam como *órgão de superposição* de terceiro ou até de quarto grau, conforme o caso (art. 102, inc. III). Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior Eleitoral e o Tribunal Superior do Trabalho podem funcionar como órgãos de terceiro grau (art. 105, inc. III – art. 111, inc. I – art. 118, inc. I).

Em princípio só se efetiva o duplo grau de jurisdição se e quando o vencido apresentar recurso contra a decisão de primeiro grau: ou seja, há necessidade de nova provocação do Poder Judiciário por parte de quem foi desfavorecido pela decisão. Só excepcionalmente, em casos expressamente previstos em lei e tendo em vista interesses públicos relevantes ou o interesse de entes estatais, a jurisdição superior entra em cena sem provocação da parte (CPC, art. 475 – CPP, art. 574, incs. I-II, c/c art. 411, e art. 746). Tal é a *devolução oficial*, ou *remessa necessária*, que alguns textos legais ainda insistem em denominar “recurso de ofício”.

Nenhuma discriminação estabelecem o Código de Processo Civil e o de Processo Penal quanto às causas de pequeno valor ou de determinada matéria. Quaisquer que sejam o valor econômico do benefício pleiteado ou a pena cominada para o ilícito penal, admite-se o duplo grau de jurisdição. Contudo, a Consolidação das Leis do Trabalho considera irrecorríveis as sentenças proferidas em causas de pequeno valor, salvo se versarem sobre matéria constitucional (art. 893, § 4º).

A Lei das Execuções Fiscais (lei n. 6.830, de 22.9.1980, art. 34) e a lei n. 6.825, do mesmo dia, dispondo sobre a Justiça Federal (art. 4º, § 2º), ressuscitando os velhos *embargos de alçada*, do art. 839 do Código de Processo Civil de 1939, só admitem os chamados *embargos infringentes* (para o mesmo juiz) em causas de pequeno valor econômico. Esse critério tem sido considerado de duvidosa constitucionalidade por parte da doutrina.

Já a Lei dos Juizados Especiais institui o recurso a um órgão colegiado composto de juízes de primeiro grau (art. 41, § 1º). É a mesma linha adotada pelo Projeto de Código de Processo Penal para o procedimento sumaríssimo, previsto para as contravenções e os crimes de lesão corporal culposa, homicídio culposo e os punidos com detenção até um ano (art. 507, par.).

A sistemática adotada na Lei dos Juizados Especiais foi muito bem-sucedida, a ponto de vir a ser consagrada no texto constitucional de 1988 (art. 98, inc. I). Com isso fica resguardado o duplo grau, que não deve necessariamente ser desempenhado por órgãos da denominada *jurisdição superior*.

34-A. o princípio da proporcionalidade

Trata-se de um princípio constitucional, mas que tem ampla aplicação no processo. O princípio vincula todos os Poderes estatais (legislativo, executivo e judiciário), mas é aplicado precipuamente pelo intérprete e, portanto, pelo juiz.

Em caso de colisão de princípios constitucionais, a solução deve ser buscada aplicando-se o *princípio da proporcionalidade*.

Por proporcionalidade entende-se o justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados. E o princípio desdobra-se nos seguintes subprincípios: (a) adequação, ou seja a aptidão da medida para atingir os objetivos pretendidos; (b) necessidade, como exigência de limitar um direito para proteger outro, igualmente relevante; (c) proporcionalidade estrita, como escolha baseada na ponderação da relação existente entre os meios e os fins, ou seja, entre a restrição imposta (que não deve aniquilar o direito) e a vantagem conseguida, o que importa (d) a não excessividade.

No direito alemão, confere-se ao princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso a natureza de norma constitucional não escrita, que permite ao intérprete aferir a compatibilidade entre meios e fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais. E a doutrina e jurisprudência brasileiras acompanham a mesma posição.

O campo de aplicação mais importante do princípio da proporcionalidade é o da restrição dos direitos, liberdades e garantias por atos dos poderes públicos. No entanto, o domínio de aplicação do princípio estende-se aos conflitos de qualquer espécie.

Assim, por exemplo, pode fazer-se apelo ao princípio no campo da relação entre a pena e a responsabilidade penal (Canotilho). O legislador brasileiro refere-se ao princípio da proporcionalidade como critério de escolha da medida cautelar a ser imposta ao suspeito ou acusado (*infra*, n. 226).

O Supremo Tribunal Federal acolhe amplamente o princípio da proporcionalidade, denominando-o de razoabilidade, na esteira da terminologia norte-americana.

bibliografia

- Allorio, “Giustizia e processo nel momento presente”.
- Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, II, cap. XLII.
- Barbi, “Os poderes do juiz e a reforma do Código de Processo Civil”.
- Calamandrei, “Il processo come giuoco”.
- _____, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo Codice*, II, §§ 117-120.
- _____, “Linee fondamentali del processo civile inquisitorio”.
- Cappelletti, “Principi fondamentali e tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato”.
- Carnelutti, “Processo in frode alle leggi”.
- Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, §§ 115-122.
- Cruz e Tucci, *A motivação da sentença no processo civil*.
- Cunha, “O dever de verdade no direito processual brasileiro”.
- Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, I, nn. 43-52.
- _____, *Instituições de direito processual civil*, I, cap. VII, nn. 74-79.
- Grinover, *As garantias constitucionais do direito de ação*, n. 28.
- _____, *Novas tendências do direito processual*.
- _____, *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*.
- Leone, *Trattato di diritto processuale penale*, I, p. 129.
- Liebman, “Il principio del contraddittorio e la Costituzione”.
- _____, *Manual de direito processual civil*, I, nn. 124-130.
- _____, *Problemi del processo civile*, pp. 3 ss. (“Fondamento del principio dispositivo”).
- Machado Guimarães, “Processo autoritário e regime liberal”.
- Marques, *Elementos de direito processual penal*, I, §§ 11, 22 e 24, pp. 192 ss.
- _____, *Instituições de direito processual civil*, I, § 16, e II, § 68.
- Mendes de Almeida, *Princípios fundamentais do processo penal*, pp. 75 ss.
- Millar, *Los principios formativos del procedimiento civil* (trad.).
- Pereira Braga, *Exegese do Código de Processo Civil*, I, p. 63.
- Tolomei, *I principii fondamentali del processo penale*.
- Tourinho Filho, *Processo penal*, II, pp. 35 ss.
- Watanabe, *Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos judiciais*.
- Zani, *La mala fede nel processo civile*, pp. 15-18.

CAPÍTULO 6

DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL

35. processo e Constituição

É inegável o paralelo existente entre a disciplina do processo e o regime constitucional em que o processo se desenvolve.

Antigos e conceituados doutrinadores já afirmavam que o direito processual não poderia florescer senão no terreno do liberalismo e que as mutações do conceito de ação merecem ser estudadas no contraste entre liberdade e autoridade, sendo dado destaque à relação existente entre os institutos processuais e seus pressupostos políticos e constitucionais. Hoje acentua-se a ligação entre processo e Constituição no estudo concreto dos institutos processuais, não mais colhidos na esfera fechada da ordem processual mas no sistema unitário do ordenamento jurídico: é esse o caminho, foi dito com muita autoridade, que transformará o processo, de simples instrumento de justiça, em garantia de liberdade.

Todo o direito processual, como ramo do direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, o qual fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, garante a distribuição da justiça e a efetividade do direito objetivo, estabelece alguns princípios processuais; e o direito processual penal chega a ser apontado como direito constitucional aplicado às relações entre autoridade e liberdade.

Mas além de seus pressupostos constitucionais, comuns a todos os ramos do direito, o direito processual é fundamentalmente delineado pela Constituição em muitos de seus aspectos e institutos característicos. Alguns dos princípios gerais que o informam são, ao menos inicialmente, princípios constitucionais ou seus corolários: em virtude deles o processo apresenta certos aspectos, como o do juiz natural, o da publicidade das audiências, o da posição do juiz no processo, o da subordinação da

jurisdição à lei, o da declaração e atuação do direito objetivo; e, ainda, os poderes do juiz no processo, o direito de ação e de defesa, a função do Ministério Público, a assistência judiciária.

Isso significa, em última análise, que o processo não é apenas instrumento técnico, mas sobretudo ético. E significa, ainda, que é profundamente influenciado por fatores históricos, sociológicos e políticos. Claro é que a história, a sociologia e a política não de parar às portas da experiência processual, entendida como fenômeno jurídico.

Mas é justamente a Constituição, como resultante do equilíbrio das forças políticas existentes na sociedade em dado momento histórico, que se constitui no instrumento jurídico de que deve utilizar-se o processualista para o completo entendimento do fenômeno *processo* e de seus princípios.

É por isso que os estudos constitucionais sobre o processo podem ser apontados entre as características mais salientes da atual fase científica do direito processual: Cappelletti, Denti, Vigoriti, Comoglio, Augusto Mario Morello, Roberto Berizone, Buzaid, José Frederico Marques, Kazuo Watanabe são apenas alguns entre os nomes que vêm se destacando na análise do denominado *processo constitucional*. Seguem na esteira dos pensamentos pioneiros de Goldschmidt, Calamandrei, Couture e Liebman.

36. direito processual constitucional

A condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo toma o nome de *direito processual constitucional*. Não se trata de um ramo autônomo do direito processual mas de uma colocação científica, de um ponto de vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar o processo em suas relações com a Constituição. O direito processual constitucional abrange, de um lado, (a) a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo e (b) de outro, a jurisdição constitucional.

A tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária corresponde às normas constitucionais sobre os órgãos da jurisdição, sua competência e suas garantias.

A jurisdição constitucional compreende, por sua vez, o controle judiciário da constitucionalidade das leis e dos atos da Administração, bem como a denominada *jurisdição constitucional das liberdades*, com o uso dos remédios constitucionais-processuais – *habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data* e ação popular.

A tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária será objeto de análise em outro tópico (*infra*, cap. 18, esp. nn. 101 e 102). A jurisdição constitucional é matéria que pertence especificamente ao direito constitucional, ao direito processual civil e ao direito processual penal.

Mas a *tutela constitucional do processo* é matéria atinente à teoria geral do processo, pelo quê passamos a examiná-la em sua dúplice configuração:

- a) direito de acesso à justiça;
- b) direito ao processo (ou garantias do devido processo legal).

37. *tutela constitucional do processo*

O antecedente histórico das garantias constitucionais da ação e do processo é o art. 39 da Magna Carta, outorgada em 1215 por João-Sem-Terra a seus barões: “nenhum homem livre será preso ou privado de sua propriedade, de sua liberdade ou de seus hábitos, declarado fora da lei ou exilado ou de qualquer forma destruído, nem o castigaremos nem mandaremos forças contra ele, salvo julgamento legal feito por seus pares ou pela lei do país”. Cláusula semelhante, já empregando a expressão *due process of law*, foi jurada por Eduardo III; do direito inglês passou ao norte-americano, chegando à Constituição como V emenda.

A análise da Constituição brasileira em vigor aponta vários dispositivos portadores da *tutela constitucional da ação e do processo*. Ela própria incumbe-se de configurar o direito processual não mais como mero conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material, mas, científicamente, como instrumento público de realização da justiça e preservação do valor da liberdade. Reconhecendo a relevância da ciência processual, a Constituição atribui à União a competência para legislar sobre o direito processual, unitariamente conceituado (art. 22, inc. I); quanto a “procedimentos em matéria processual”, dá competência corrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal (art. 24, inc. XI).

O *direito de ação*, com o correlato acesso à justiça, é ainda sublinhado pela disposição constitucional sobre os juizados especiais para pequenas causas, civis e penais, agora obrigatórios e todos informados pela conciliação e pelos princípios da oralidade e concentração (art. 98, inc. I). Mesmo fora dos juizados a Constituição valoriza a função ciliatória extrajudicial, pela ampliação dos poderes do juiz de paz (art. 98, inc. II).

Também se inserem na facilitação do acesso à justiça, mediante a legitimação do Ministério Público e de corpos intermediários (como as associações, entidades sindicais, partidos políticos, sindicatos), todas as regras para a defesa de *interesses difusos e coletivos*, de que a Constituição é extremamente rica (art. 5º, incs. XXI e LXX – art. 8º, inc. III – art. 129, inc. III e § 1º – art. 232). O mesmo ocorre com relação à titularidade da *ação direta* de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, a qual ficou sensivelmente ampliada (art. 103).

Desses textos constitucionais decorre a proclamação de valores éticos sobre os quais repousa nossa organização política: *direito processual* é expressão dotada de conteúdo próprio, em que se traduz a garantia da tutela jurisdicional do Estado, através de procedimentos demarcados formalmente em lei.

38. acesso à justiça

O direito de ação, tradicionalmente reconhecido no Brasil como direito de acesso à justiça para a defesa de direitos individuais violados, foi ampliado, pela Constituição de 1988, à via preventiva, para englobar a ameaça, tendo o atual texto suprimido a referência a *direitos individuais*. É a seguinte a redação do inciso XXXV do art. 5º: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Essa garantia não é infringida pela Lei da Arbitragem, que não mais submete o laudo arbitral à homologação pelo Poder Judiciário, produzindo ele os mesmos efeitos da sentença judicial (arts. 18 e 31). A eficácia da sentença arbitral é legitimada pela vontade das partes, manifestada ao optarem por esse modo de solução de seus conflitos e assim renunciando à solução pela via judicial; e, se uma delas não quiser cumprir a cláusula compromissória, a outra deverá recorrer ao Judiciário para o suprimento da vontade de quem se recusa (LA, art. 7º). Além disso, a lei contempla o acesso aos tribunais para a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos nela previstos (arts. 32-33).

Essa garantia tampouco é infringida pela utilização dos chamados meios alternativos de solução de conflitos (mediação e conciliação) que a Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça equiparou aos meios estatais de acesso à Justiça (*supra*, n. 11).

Para a efetivação dessa garantia a Constituição não apenas se preocupou com a *assistência judiciária* aos que comprovarem insuficiência de recursos, mas a estendeu à assistência jurídica pré-processual. Sendo

ambas consideradas dever do Estado, ficou este obrigado a organizar a carreira jurídica dos defensores públicos, cercada de muitas das garantias reconhecidas ao Ministério Público (art. 5º, inc. LXXIV, c/c art. 134, § 2º).

Além de caracterizar a garantia de acesso à justiça, a organização das Defensorias Públicas atende ao imperativo da paridade de armas entre os litigantes, correspondendo ao princípio da igualdade, em sua dimensão dinâmica (*infra*, n. 140).

Sobre o reforço dado ao direito de ação mediante a garantia de novos juizados para causas menores e abertura da legitimidade ativa *ad causam*, v. *supra*, n. 37.

Pode-se dizer, pois, sem exagerar, que a vigente Constituição representa o que de mais moderno existe na tendência à diminuição da distância entre o povo e a justiça.

39. as garantias do devido processo legal

Entende-se com essa fórmula um sistema de limitações ao exercício do poder, seja em sede jurisdicional, administrativa ou legislativa. Com toda essa relevância política, o *due process* é um irmão siamês da democracia e do Estado de Direito, chegando a constituir a base sistemática de todas as demais garantias constitucionais. Ele é composto por intransponíveis *landmarks* além dos quais não podem passar o próprio legislador, o administrador e sequer o juiz, sob pena de violação ao regime democrático constitucionalmente assegurado. Em sua perspectiva processual (*procedural due process*) é entendido como o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. São garantias que não servem apenas aos interesses 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 legitimante do exercício da jurisdição.

Compreende-se modernamente na cláusula do devido processo legal o direito ao procedimento adequado: não só deve o procedimento ser conduzido sob o pálio do contraditório (*infra*, nn. 184-186), como também há de ser aderente à realidade social e consentâneo com a relação de direito material controvertida.

Pela primeira vez na ordem constitucional brasileira o texto de 1988 adota expressamente a fórmula do direito anglo-saxão, garantindo que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o *devido processo legal*” (art. 5º, inc. LIV). O conteúdo dessa fórmula vem a seguir desdobrado em um rico leque de garantias específicas, a saber:

- a) antes de mais nada, na dúplice garantia do juiz natural, não mais restrito à proibição de *bills of attainder* e juízos ou tribunais de exceção, mas abrangendo a dimensão do *juiz competente* (art. 5º, incs. XXXVII e LIII); e
- b) ainda em uma série de garantias, estendidas agora expressamente ao processo civil, ou até mesmo novas para o ordenamento constitucional.

Assim, o *contraditório* e a *ampla defesa* vêm assegurados em todos os processos, inclusive administrativos, desde que neles haja *litigantes* ou um *acusado* (art. 5º, inc. LV).

A investigação administrativa realizada pela polícia judiciária e denominada *inquérito policial* não está abrangida pela garantia do contraditório e da defesa, mesmo perante o vigente texto constitucional, pois nela ainda não há *acusado*, mas mero indiciado – com a consequência de que o inquérito não será apto a gerar, por si próprio, uma imposição de pena a esse sujeito. Permanece de pé a distinção do Código de Processo Penal, que trata do inquérito nos arts. 4º e 23, e da instrução processual nos arts. 394 e 405.

Procura-se, ainda, dar concretude à *igualdade processual* inerente ao princípio da isonomia, inscrito no inciso I do art. 5º – transformando-a no princípio dinâmico da *par conditio* ou da igualdade em armas, mediante o equilíbrio dos litigantes no processo civil, e da acusação e defesa no processo penal.

Como novas garantias, a *publicidade* e o *dever de motivar as decisões judiciarias* são elevadas a nível constitucional (art. 5º, inc. LX, e art. 93, inc. IX).

As *provas obtidas por meios ilícitos* são consideradas inadmissíveis e, portanto, insuscetíveis de serem utilizadas no processo (art. 5º, inc. LVI).

A garantia constitucional da *inviolabilidade do domicílio* (art. 5º, inc. XI) não chega ao ponto de impedir que esta sofra restrições impostas pela lei, para permitir ao juiz – ou à autoridade policial, em caso de prisão em flagrante – a imposição de medidas coercitivas.

Também o *sigilo das comunicações em geral e de dados* é garantido como inviolável pela Constituição Federal (art. 5º, inc. XII). Daquelas, somente as telefônicas podem ser interceptadas, sempre segundo a lei e por ordem judicial, e apenas para efeito de prova penal.

Ainda há *garantias específicas para o processo penal*. Assim, pela primeira vez é reconhecida a *presunção de inocência* do acusado (art. 5º, inc. LVIII); veda-se a *identificação criminal datiloscópica* de pessoas já identificadas civilmente, ressalvadas as hipóteses a serem previstas em lei (art. 5º, inc. LVIII); disciplina-se em nível constitucional a *indenização por erro judiciário* e pela *prisão que supere os limites da condenação* (art. 5º, inc. LXXV). E a *prisão*, ressalvadas as hipóteses do flagrante e das transgressões e crimes propriamente militares, só pode ser *ordenada pela autoridade judiciária competente* (art. 5º, inc. LXI).

Por força dessa garantia vêm a cair, já *de lege lata*, a prisão administrativa e, *de lege ferenda*, qualquer possibilidade de prisão policial para averiguações, frequentemente preconizada para a legislação futura.

Determina a Constituição, ainda, que a prisão seja imediatamente comunicada ao juiz (art. 5º, inc. LXII), o qual a relaxará se ilegal (art. 5º, inc. LXV). Ainda no campo das investigações policiais é assegurado o *direito à identificação dos responsáveis pela prisão ou pelo interrogatório* (art. 5º, inc. LXIV). A *liberdade provisória*, com ou sem fiança, é garantida nos casos previstos em lei (art. 5º, inc. LXVI). Finalmente, a *incomunicabilidade de preso* é vedada pela norma que lhe assegura, juntamente com a informação sobre os próprios direitos – inclusive o de permanecer calado –, a assistência do defensor e da família (art. 5º, inc. LXIII).

Em conclusão, pode-se afirmar que a garantia do acesso à justiça, consagrando no plano constitucional o próprio *direito de ação* (como direito à prestação jurisdicional) e o *direito de defesa* (direito à adequada resistência às pretensões adversárias), tem como conteúdo o direito ao processo, com as garantias do *devido processo legal*. Por *direito ao processo* não se pode entender a simples ordenação de atos, através de um procedimento qualquer. O procedimento há de realizar-se em contraditório, cercando-se de todas as garantias necessárias para que as partes possam sustentar suas razões, produzir provas, influir sobre a formação do convencimento do juiz. E mais: para que esse procedimento, garantido pelo *devido processo legal*, legitime o exercício da função jurisdicional, sempre a partir da consciência de que a própria garantia do *due process* se resolve em um sistema de limitações ao exercício do poder.

Hoje, mais do que nunca, a justiça penal e a civil são informadas pelos dois grandes princípios constitucionais: o acesso à justiça e o devido processo legal. Destes decorrem todos os demais postulados necessários para assegurar o direito à *ordem jurídica justa* – até porque, apesar de minuciosa, a Constituição do Brasil ainda preservou a fórmula norte-americana dos direitos implícitos ao advertir, no § 2º do art. 5º, que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

E sempre sobra espaço para desdobramentos das garantias expressas, por mais minuciosos que seja o rol. Lembre-se, p. ex., o *direito à prova*, não explicitado mas integrante da garantia do devido processo legal, como corolário do contraditório e da ampla defesa.

40. *as garantias processuais da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José de Costa Rica)*

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil, foi integrada ao nosso ordenamento pelo dec. n. 678, de 6 de novembro de 1992. A partir daí e por imposição do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, acima transscrito, os direitos e garantias nela enunciados passaram a integrar a ordem jurídica brasileira, complementando e especificando ainda mais as regras do devido processo legal. Depois, pelo disposto no § 3º do mesmo artigo, “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

No entanto, a atual posição do Supremo Tribunal Federal a respeito do nível hierárquico da Convenção está se modificando.

Apesar de o art. 5º, § 2º, da Constituição, afirmar que “os *direitos e garantias* expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos *tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*” – o que, no entender de grande parte da doutrina, já dava hierarquia constitucional aos princípios e regras da Convenção de São José da Costa Rica – durante muito tempo o Supremo Tribunal Federal colocou-os no mesmo nível das normas legislativas ordinárias internas. Mais recentemente mudou de posição, considerando-as de nível *supralegal* ou *constitucional* (RE

466.343-SP, rel. Min. Cézar Peluso, e HC 90.172-SP, rel. Min. Gilmar Mendes).

Vejam-se, então, as garantias processuais contidas na Convenção.

O art. 8º está assim redigido:

“Art. 8º. Garantias judiciais.

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

“2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

“a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;

“b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

“c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

“d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livre e em particular, com seu defensor;

“e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio ou não nomear defensor dentro do prazo estabelecido por lei;

“f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;

“g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a declarar-se culpado;

“h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

“3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

“4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

“5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.”

Muitas das garantias supranacionais já se encontram contempladas em nossa Constituição, e em alguns pontos a Lei Maior brasileira é mais garantidora que a própria Convenção (p. ex., quando não permite a mera autodefesa, entendendo sempre indisponível a defesa técnica no processo penal). Em outros a Convenção explicita e desdobra as garantias constitucionais brasileiras (assim, em relação ao direito do acusado ao intérprete, à comunicação livre e particular com o defensor, ao comparecimento do perito, à concessão do tempo e meios necessários à preparação da defesa).

E ao menos em um ponto, aplicável ao processo penal e ao não penal, nova garantia surgiu explicitamente da Convenção: o direito ao processo em *prazo razoável*. A Constituição brasileira, inicialmente omissa a esse respeito, foi integrada não só pelos direitos e garantias implícitos, mas também pela Convenção Americana (Const., art. 5º, § 2º). Depois, com a emenda constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, a promessa de realização do processo em tempo razoável passou a figurar de modo explícito entre as garantias oferecidas pela Constituição Federal (art. 5º, inc. 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”). Na prática, três critérios devem ser levados em conta para a determinação da duração razoável do processo: a) a complexidade do assunto; b) o comportamento dos litigantes; c) a atuação do órgão jurisdicional. O descumprimento da regra do direito ao justo processo em prazo razoável pode levar a Comissão e a Corte Americanas dos Direitos do Homem a aplicar sanções pecuniárias ao Estado inadimplente.

A garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas integra o ideário do *devido processo legal* – porquanto justiça tardia não é verdadeira justiça. São expressas nesse ponto, entre outras, a Constituição espanhola de 1978 (art. 24.2) e a canadense de 1982 (art. 11, letra b).

Ao menos em um ponto a Convenção assegura garantia não contida na Constituição brasileira: o direito, concedido ao acusado, de nomear defensor de sua escolha. Se assim fizer o interessado, o advogado indicado não poderá declinar da defesa sem que haja justo motivo para tanto,

cabendo ao Estado providenciar sua remuneração (analogia com o art. 34, inc. XII, do Estatuto da Advocacia).

41. *as garantias do processo administrativo*

Como visto, a análise histórica das garantias do devido processo legal demonstra que elas nasceram e foram cunhadas para o processo penal, onde se fazia sentir com mais urgência a preocupação com os direitos do acusado. Mas a partir do art. 39 da Magna Carta de 1215 um longo caminho evolutivo levou primeiro ao reconhecimento da aplicabilidade dessas garantias ao processo civil e depois ao processo administrativo punitivo. Esse último passo foi dado graças à generosa tendência rumo à denominada *jurisdicalização* do processo administrativo, expressão relevante do aperfeiçoamento do Estado de Direito, correspondendo ao princípio da legalidade, a que estão submetidos todos os exercentes do poder estatal, e aos princípios do contraditório e da ampla defesa, que devem preceder toda e qualquer imposição de sanções punitivas.

A essa evolução não ficou alheio o Brasil. As garantias expressas pelas Constituições para o processo penal foram sendo estendidas ao processo civil até a consagração da aplicabilidade, a este, da cláusula do *devido processo legal*, na interpretação do princípio da proteção judiciária, solenemente explicitado pela Constituição de 1946 (art. 141, § 4º) e mantido pelas Cartas de 1967 e 1969. Sobretudo a partir de 1946 a recepção de princípios e regras do processo jurisdicional pelo administrativo *punitivo* levou ao reconhecimento, em relação a este, do direito de defesa – o que se deu pela interpretação dada ao § 15º do art. 141 daquela Constituição, argumentando-se ainda com a isonomia: em qualquer processo em que haja *acusado* deve haver ampla defesa. A jurisprudência não se afastou desse entendimento.

O coroamento desse caminho evolutivo ocorreu entre nós com a Constituição de 1988, cujo art. 5º incluiu entre os direitos e garantias individuais a seguinte disposição: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral serão assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (inc. LV).

Assim, as garantias constitucionais do processo desdobram-se hoje em três planos: a) no plano jurisdicional, em que elas passam a ser expressamente reconhecidas, diretamente como tais, para o processo penal e para o não penal; b) no plano das acusações em geral, em que a

garantia explicitamente abrange todas as pessoas objeto de acusação; c) no processo administrativo, sempre que haja litigantes. E por *litigantes* deve-se entender titulares de *interesses em conflito*. Essa explicitude é a grande inovação da Constituição de 1988 em relação às garantias do processo administrativo.

Acolhendo as tendências contemporâneas do direito administrativo, tanto em sua finalidade de limitação ao poder e garantia dos direitos individuais perante o poder (*due process of law*) como na assimilação das novas realidades do relacionamento Estado-sociedade e de abertura para o cenário sociopolítico-econômico em que se situa, a Constituição de 1988 trata de parte considerável da atividade administrativa, no pressuposto de que o caráter democrático do Estado deve influir na configuração da Administração Pública, pois os princípios da democracia não podem se limitar a reger a função legislativa e a jurisdicional mas devem também informar a função administrativa.

Nessa linha, dá-se grande ênfase no direito administrativo contemporâneo à nova concepção da *processualidade* no âmbito da função administrativa, seja para transpor para a atuação administrativa os princípios do devido processo legal, seja para fixar imposições mínimas quanto ao modo de atuar da Administração.

Registra-se entre administrativistas e processualistas a vigorosa tendência à aceitação de uma *processualidade* que vai além daquela vinculada à função jurisdicional. É que os escopos de garantia, de legitimação e controle do poder, de correto desempenho da função, de justiça e de democratização estão presentes tanto no processo jurisdicional quanto no administrativo, pois em um e no outro regula-se o exercício do poder estatal (Odete Medauar).

Assim, quando um procedimento administrativo envolve questões referentes a relações da Administração com o particular ou entre particulares em relação a algum bem ou vantagem gerida pela Administração, ele se caracteriza bem propriamente como um *processo*, no qual o Estado exerce seu poder ao fazer escolhas e proceder a decisões. Tal se dá no *processo disciplinar*, endereçado a decidir sobre possíveis penalidades a serem aplicadas a funcionários públicos; no processo administrativo *tributário*, no qual se decide sobre a existência ou valor de débitos perante a Administração; no processo das *licitações* ou das *concessões* de serviços públicos *etc.* Em todos eles, havendo sempre alguma decisão a ser tomada e podendo essa decisão ser favorável ou desfavorável ao administrado, ou favorável a um administrado e desfavorável a outro, é

indispensável que o poder exercido pelo Estado se paute rigorosamente pelos ditames do devido processo legal, exigido constitucionalmente e da mais plena incidência sobre o processo administrativo. Em decorrência disso, as regras dos diversos procedimentos administrativos devem ser observadas, como penhores da segurança de todos, e aos participantes desses processos deve ser franqueado o direito à participação em *contraditório*, com a *ampla defesa* de seus interesses (art. 5º, inc. LV), bem como o tratamento igualitário inerente à garantia constitucional da *isonomia* (art. 5º, *caput*). A igualdade do trato dos licitantes é aliás um dos postulados fundamentais de todas as licitações públicas.

Não são dominadas por essas garantias, porque não constituem autênticos processos mas meros procedimentos, as atividades de mera gestão de bens e serviços, como os regulamentos do trânsito, o controle de ruídos urbanos, a escolha de logradouros públicos a serem beneficiados com serviços públicos de água, luz, iluminação, esgoto e asfalto, a implantação e funcionamento de escolas, hospitais e presídios *etc.* Fora disso, as legislações de direito administrativo (da União e dos Estados) disciplinam o processo administrativo, onde é de rigor a observância daqueles princípios.

Discute-se se no *inquérito policial* e no *inquérito civil* próprio dos conflitos coletivos e conduzido pelo Ministério Público (preparatório da ação civil pública ou tendente a um compromisso de ajustamento de conduta) aplicam-se ou não as garantias da ampla defesa e do contraditório (ainda que deferido). É que a própria legislação fala em *sigilo* e *inquisitoriedade* desses inquéritos. Mas o Supremo Tribunal Federal tomou posição firme no sentido de que o inquérito policial não é sigiloso para a defesa, garantindo a presença do advogado; e no *inquérito civil* avança a tendência no sentido de que, quando houver sido produzida sem observância do contraditório, a prova não terá valia no processo judicial.

Uma última observação: como no Brasil não existe o sistema de jurisdição dúplice, não existindo o *contencioso administrativo* e cabendo ao Poder Judiciário a apreciação de todos os conflitos (Const., art. 5º, inc. XXXV), todas as decisões administrativas proferidas por órgãos ou tribunais administrativos podem ser submetidas ao controle do Poder Judiciário pelo aspecto da *legalidade* – entendida esta em sentido amplo e compreensivo, p. ex., do exame da motivação, da finalidade e do desvio de poder e, em certos casos excepcionais, até do mérito, ou seja, da conveniência e oportunidade do ato administrativo. É inadequado falar em uma suposta *coisa julgada administrativa*.

bibliografia

- Calamandrei, “Processo e democrazia”.
- Cappelletti, *La giurisdizione costituzionale della libertà*.
- _____, *Processo e ideologie*.
- Comoglio, *La garanzia costituzionale dell’azione ed il processo civile*.
- Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, nn. 45, 64 e 93-103.
- Cruz e Tucci, “Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal”, pp. 73-78.
- Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 12 e 74.
- Greco, *Tutela constitucional das liberdades*.
- Grinover, *As garantias constitucionais do direito de ação*.
- _____, *Novas tendências do direito processual*.
- _____, “A atividade administrativa em face do sistema constitucional”, pp. 6-16 (*O processo, estudos e pareceres*).
- Liebman, *Problemi del processo civile*, pp. 149 ss. (“Diritto costituzionale e processo civile”).
- Marques, “Constituição e direito processual”.
- _____, *O direito processual em São Paulo*, pp. 37-52.
- Medauar, *A processualidade no direito administrativo*.

CAPÍTULO 7

NORMA PROCESSUAL: OBJETO E NATUREZA

42. *norma material e norma instrumental*

Segundo seu objeto imediato, geralmente as normas jurídicas se distinguem em normas materiais e instrumentais.

São normas jurídicas *materiais* (ou *substanciais*) as que disciplinam imediatamente a cooperação entre pessoas e os conflitos de interesses ocorrentes na sociedade, escolhendo qual dos interesses conflitantes, e em que medida, deve prevalecer e qual deve ser sacrificado.

As normas *instrumentais* apenas de forma indireta contribuem para a resolução dos conflitos interindividuais, mediante a disciplina da criação e atuação das regras jurídicas gerais ou individuais destinadas a regulá-los diretamente.

Essa dicotomia e a correspondente nomenclatura, no entanto, sómente podem ser aceitas desde que convenientemente entendidas quanto ao seu alcance. Se é evidente a instrumentalidade da segunda categoria de regras jurídicas, não se pode negar, de outro lado, que mesmo as normas materiais apresentam nítido caráter instrumental – no sentido de que constituem instrumento para a disciplina da cooperação entre as pessoas e dos seus conflitos de interesses, servindo, ainda, de critério para a atividade do juiz *in judicando*. Tanto as normas instrumentais como as substanciais portanto servem ao supremo objetivo da ordem jurídica globalmente considerada, que é o de estabelecer ou restabelecer a paz entre os membros da sociedade.

É preciso, pois, admitir a relatividade da distinção entre normas materiais e instrumentais, da qual deflui naturalmente a consequência de que há uma região cinzenta e indefinida nas fronteiras entre umas e outras.

Feita esta advertência, pode-se dizer que na categoria das normas instrumentais, como acima caracterizadas, incluem-se as normas processuais que regulam a formulação e a imposição da regra jurídica específica e concreta pertinente a determinada situação litigiosa.

Pelo prisma da atividade jurisdicional, que se desenvolve no processo, percebe-se que as normas jurídicas materiais constituem o critério de julgar, de modo que, não sendo observadas, dão lugar a um *error in iudicando*; as processuais constituem o critério do proceder, de maneira que, uma vez desobedecidas, ensejam a ocorrência do *error in procedendo*.

43. objeto da norma processual

Como é natural e óbvio, uma norma jurídica qualifica-se por seu objeto e não por sua localização neste ou naquele corpo de leis. O objeto das normas processuais é a disciplina do modo processual de resolver os conflitos e controvérsias mediante a atribuição ao juiz dos poderes necessários para resolvê-los, e às partes de faculdades e poderes destinados à eficiente defesa de seus direitos, além da correlativa *sujeição* à autoridade exercida pelo juiz.

Realmente, a norma processual visa a disciplinar o poder jurisdicional de resolver os conflitos e controvérsias, inclusive o condicionamento de seu exercício à provocação externa, bem como o desenvolvimento das atividades contidas em tal poder. Visa ainda a regular as atividades das partes litigantes, que estão sujeitas ao poder do juiz; e, finalmente, a reger a imposição do comando concreto formulado mediante aquelas atividades das partes e do juiz.

Costuma-se falar em três classes de normas processuais: a) normas de organização judiciária, que tratam primordialmente da criação e estrutura dos órgãos judiciários e seus auxiliares; b) normas processuais em sentido restrito, que cuidam do processo como tal, atribuindo poderes e deveres processuais; c) normas procedimentais, que dizem respeito apenas ao *modus procedendi*, inclusive a estrutura e a coordenação dos atos processuais que compõem o processo.

Teoricamente tal distinção esbarra no conceito moderno de *processo*, que é definido como entidade complexa da qual fazem parte o procedimento e a relação jurídica processual (*infra*, esp. n. 184); assim, as normas sobre procedimento são também, logicamente, processuais. Por outro lado, existe forte tendência metodológica na mais recente atuação a envolver a organização judiciária na teoria do direito processual

(*infra*, nn. 98 ss.) – e, assim, em alguma medida também as normas de organização judiciária integram o direito processual. Mas a Constituição Federal acata as distinções aqui consideradas, especialmente ao dar à União competência legislativa privativa para legislar sobre direito processual (art. 22, inc. I) e competência concorrente aos Estados para legislar sobre “procedimentos em matéria processual” (art. 24, inc. XI).

44. natureza da norma processual

Incidindo sobre a atividade estatal mediante a qual se desenvolve a função jurisdicional, a norma de processo integra-se no *direito público*. E, com efeito, a relação jurídica que se estabelece no processo não é uma relação de *coordenação*, mas, como já vimos, de *poder e sujeição*, predominando sobre os interesses divergentes dos litigantes o interesse público na resolução dos conflitos (solução processual e, pois, pacífica).

A natureza de direito público da norma processual não importa dizer que ela seja necessariamente *cogente*. Embora o processo estatal não seja regido por convenções celebradas entre as partes (como se dá no arbitral), mesmo assim em certas situações admite-se que a aplicação da norma processual fique na dependência da vontade destas – o que acontece em vista dos interesses particulares dos litigantes, que no processo se manifestam. Têm-se, no caso, as normas processuais *dispositivas*.

O Código de Processo Civil acolhe a convenção das partes a respeito da distribuição do *ônus da prova*, salvo quando recair sobre direito indisponível da parte ou tornar excessivamente difícil a uma delas o exercício do direito (art. 333, par.). Admite também a *eleição de foro* feita pelas partes, de maneira a afastar a incidência de preceitos legais atinentes à competência territorial (CPC, art. 111).

Em decorrência de sua instrumentalidade ao direito material, as normas processuais na maior parte apresentam caráter eminentemente técnico. Entretanto, a neutralidade ética que geralmente se empresta à técnica não tem aplicação ao processo, que é um instrumento ético de solução de conflitos, profundamente vinculado aos valores fundamentais que informam a cultura da nação. Assim, o processo deve absorver os princípios básicos de ordem ética e política que orientam o ordenamento jurídico por ele integrado, para constituir-se em meio idôneo para obtenção do escopo de pacificar e fazer justiça. Dessa forma, o caráter técnico da norma processual fica subordinado à sua adequação à finalidade geral do processo.

bibliografia

- Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, I, cap. III.
- Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, I, cap. III, §§ 26-30.
- Chiovenda, “La natura processuale delle norme sulla prova e l’efficacia della legge processuale nel tempo”.
- _____, *Principii di diritto processuale civile*, § 4º, nn. I e II.
- Denti, “Intorno alla relatività della distinzione tra norme sostanziali e norme processuali”.
- Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 17-20.
- Foschini, *Sistema del diritto processuale penale*, I, cap. XX, §§ 195 e 203.
- Liebman, *Problemi del processo civile*, pp. 155 ss. (“Norme processuali nel Codice Civile”).
- Reale, *Lições preliminares de direito*, cap. IX, nn. 1-2, e cap. XXV, nn. 1 e 5.

CAPÍTULO 8

FONTES DA NORMA PROCESSUAL

45. fontes de direito em geral

Chamam-se *fontes formais do direito* os meios de produção ou expressão da norma jurídica. Tais meios são a lei (em sentido amplo, abrangendo a Constituição), os usos e costumes, o negócio jurídico.

É controvertida a inclusão da *jurisprudência* entre as fontes de direito. De um lado encontram-se aqueles que, partindo da ideia de que os juízes e tribunais apenas devem julgar de acordo com o direito já expresso por outras fontes, dele não se podem afastar; de outro lado, os que entendem que os próprios juízes e tribunais, através de suas decisões, dão expressão a normas jurídicas até então não declaradas por qualquer das outras fontes. Todavia, no sistema brasileiro mais recente pode-se razoavelmente vislumbrar uma tendência a considerar a jurisprudência fonte de direito. Ao autorizar o relator a negar seguimento a recursos em confronto com a jurisprudência dominante dos tribunais, o atual art. 557 do Código de Processo Civil pode ser interpretado como portador desse entendimento. Também esse significado talvez possa ser entrevisto no que dispõe o § 1º do art. 518, o qual determina que o juiz de primeiro grau não receba o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, a qual aparece então no sistema nas vestes de súmula impeditiva de recurso. Maior poder ainda têm as súmulas vinculantes (Const., art. 103-A), dotadas de desenganada eficácia normativa apta a impedir julgamentos discrepantes, a ponto de autorizar a oposição de reclamação ao Supremo Tribunal Federal em caso de desobediência por qualquer juiz ou tribunal (art. 103-A, § 3º).

O direito não se confunde com a lei nem a esta se reduz. Nos ordenamentos jurídicos da atualidade adota-se contudo o princípio do primado da lei sobre as demais fontes do direito e, assim, entende-se

que tais outras fontes somente produzem normas jurídicas com eficácia desde que essas normas não violem os mandamentos expressos pelos preceitos legislativos. Essa regra não é porém absoluta, sendo irrealista a posição que negue, de todo, a possibilidade do efeito abrogatório da lei produzido por outra daquelas fontes.

46. *fóntes abstratas da norma processual*

Conforme sejam apreciadas em seu aspecto genérico ou particular, as fontes das normas processuais no direito brasileiro podem ser encaradas em abstrato ou em concreto.

As fontes abstratas da norma processual são as mesmas do direito em geral, a saber: a lei, os usos e costumes, o negócio jurídico e, para alguns, a jurisprudência. Para esse efeito, o conceito amplo de *lei* abrange, em primeiro lugar, as disposições de ordem constitucional, como aqueles preceitos da Constituição Federal que criam e organizam tribunais, que estabelecem as garantias da Magistratura, que fixam e discriminam competências, que estipulam as diretrizes das organizações judiciárias estaduais, que tutelam o processo como garantia individual.

Em síntese, pode-se dizer que são de três ordens as disposições constitucionais sobre processo: a) princípios e garantias; b) jurisdição constitucional das liberdades; c) organização judiciária (*supra*, cap. 6 e n. 64).

As Constituições estaduais também são fontes da norma processual quando criam tribunais e regulam as respectivas competências, na órbita que lhes é reservada (Const., art. 125, § 1º).

Também podem ser fontes legislativas da norma processual a *lei complementar* (Const., art. 93, art. 121 e art. 128, § 5º), a *lei ordinária* e a *lei delegada* – salvo no tocante à “organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, à carreira e à garantia de seus membros” (art. 68, § 1º, inc. I).

A Constituição Federal exclui de modo explícito e claro a admissibilidade da edição de *medidas provisórias* em matéria processual. Essa exclusão, que já estava implícita no sistema constitucional desde o início da vigência da Constituição, foi explicitada pela emenda constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001 (Const., art. 62, § 1º, inc. I, letra b).

No mesmo plano das leis em geral, estão as fontes legislativas da norma processual contidas em *convenções* e os *tratados internacionais*.

Mas uma observação particular merecem os tratados internacionais sobre direitos humanos – como o Pacto de São José de Costa Rica – cujos princípios e regras têm nível constitucional ou supralegal, conforme a atual posição do Supremo Tribunal Federal (*supra*, n. 40).

Por último, ainda no plano materialmente legislativo, embora subjetivamente judiciário, há também o poder normativo atribuído pela Constituição Federal aos tribunais em geral, que, através de seus regimentos internos, disciplinam as chamadas questões *interna corporis* (Const., art. 96, inc. I, letra *a*). Participam eles do processo legislativo, também, mediante o envio de propostas ao Poder Legislativo sobre organização judiciária (Const., art. 96, inc. I, *d*, e inc. II). Mas, como é óbvio, a fonte de direito nesses casos será a lei e não a proposta.

A lei como fonte da norma processual *stricto sensu* será em princípio de origem federal (Const., art. 22, inc. I). Mas, além da tradicional ressalva quanto às normas de organização judiciária no âmbito estadual, que deverão ser formuladas pelos órgãos estaduais (art. 125, § 1º), a Constituição Federal admite a lei estadual em concorrência com a federal quanto: a) à “criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas”; b) a “procedimentos em matéria processual” (art. 24, incs. X e XI).

No tocante à jurisprudência e aos usos e costumes como fontes da norma processual basta anotar que os últimos na maioria das vezes resultam da própria jurisprudência (*praxe forense* ou *estilos do foro*).

Para quem admitisse a existência de *negócios jurídicos processuais* (a tendência é negá-los – *infra*, n. 242), estes também poderiam ser fonte da norma processual, como na eleição do foro, na convenção sobre a distribuição do ônus da prova, na suspensão convencional do processo *etc.*

47. fontes concretas da norma processual

As fontes concretas da norma processual são aquelas através das quais as fontes legislativas já examinadas em abstrato efetivamente atuam no Brasil.

Tais fontes concretas desdobram-se em fontes constitucionais, fontes da legislação complementar à Constituição e fontes ordinárias. Estas últimas, por sua vez, podem ser codificadas ou extravagantes, que se distribuem em modificativas ou complementares de codificação.

A Constituição Federal, como fonte concreta da norma jurídica processual, contém: a) normas de superdireito, relativas às próprias fontes

formais legislativas das normas processuais; b) normas relativas à criação, organização e funcionamento dos órgãos jurisdicionais; c) normas referentes aos direitos e garantias individuais atinentes ao processo; e d) normas disposta sobre remédios processuais específicos (*infra*, n. 64).

Os direitos e garantias processuais, contemplados constitucionalmente, ainda são integrados pelas disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (*supra*, n. 40).

Na legislação de nível complementar à Constituição assume primeiro posto o Estatuto da Magistratura (Const., art. 93), que deverá conter: a) normas sobre a carreira dos magistrados (inc. II); b) normas sobre acesso aos tribunais de segundo grau (inc. III); c) “previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados” (inc. IV); d) normas sobre vencimentos dos magistrados (inc. V); e) normas sobre aposentadoria com proventos integrais (inc. VI); f) imposição de residência do juiz titular na comarca (inc. VII); g) normas sobre remoção (compulsória ou voluntária), disponibilidade e aposentadoria de magistrado por interesse público (*quorum*, ampla defesa – incs. VIII e VIII-A); h) normas impondo publicidade nos julgamentos e motivação de todas as decisões, inclusive administrativas (incs. IX e X); i) normas sobre a instituição de órgão especial nos tribunais com número superior a vinte e cinco membros (inc. XI); j) a determinação de que “a atividade jurisdicional será ininterrupta”, com a correspondente proibição de férias forenses nos juízos inferiores e nos tribunais de segundo grau, mais a previsão de plantões judiciais para os dias sem expediente forense (inc. XII); k) uma regra programática disposta sobre a proporcionalidade entre a quantidade de órgãos judiciais, de um lado e, de outro, a efetiva demanda de serviços jurisdicionais e a população da respectiva área (inc. XIII); l) uma regra puramente técnica mandando que seja delegada aos serventuários da Justiça a prática de atos de administração ou de mero expediente, sem conteúdo decisório (inc. XIV – v. também CPC, art. 162, § 4º – *automatização judiciária*); m) outra regra puramente técnica estabelecendo que “a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição” (inc. XV), e com isso banindo a *distribuição contida* (ou *represamento*) antes praticada nos tribunais paulistas.

O Estatuto da Magistratura ainda não foi editado e não há sinais de que possa vir a sê-lo em tempo previsível. Continua parcialmente

em vigor no que não contrarie a Constituição Federal, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, que também é uma lei complementar a ela (lei compl. n. 35, de 14.3.1979). Além disso, por disposição trazida na emenda constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, “até que entre em vigor o Estatuto da Magistratura, o Conselho Nacional de Justiça, mediante resolução, disciplinará seu funcionamento e definirá as atribuições do Ministro-Corregedor” (art. 5º, § 2º).

No tocante à legislação ordinária, naturalmente, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal constituem, juntamente com a Consolidação das Leis do Trabalho (Títs. VIII, IX e X), o Código de Processo Penal Militar e a Lei dos Juizados Especiais, o maior manancial de normas processuais, modificado e completado por várias leis extravagantes e por convenções e tratados internacionais.

Finalmente, cabe falar das *fontes concretas* da jurisprudência, em seu exemplo mais vistoso no ordenamento brasileiro. Até o presente momento, o Supremo Tribunal Federal editou 37 Súmulas Vinculantes, sendo 9 delas dedicadas ao processo.

Em relação às Súmulas obstativas dos recursos, cada Tribunal editou inúmeras delas.

bibliografia

- Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 21-29 e 32.
Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*.
Limongi, “Das formas de expressão do direito”.
Mendes, “Passado e Futuro da Súmula Vinculante: considerações à luz da Emenda Constitucional n. 45/04”.
Moriondo, *L'ideologia delle magistrature italiane*.
Ráo, *O direito e a vida dos direitos*.
Reale, *Lições preliminares de direito*.
Tornaghi, *Instituições de processo penal*, I, pp. 100-107.
Tourinho Filho, *Processo penal*, I, pp. 145 ss.

CAPÍTULO 9
EFICÁCIA DA LEI PROCESSUAL
NO ESPAÇO E NO TEMPO

48. dimensões da norma processual

Toda norma jurídica tem eficácia limitada no espaço e no tempo, isto é, aplica-se apenas dentro de dado território e por certo período de tempo. Tais limitações aplicam-se inclusive à norma processual.

49. eficácia da norma processual no espaço

O princípio que regula a eficácia espacial das normas de processo é o da *territorialidade*, que impõe sempre a aplicação da *lex fori*. No tocante às leis processuais a aplicação desse princípio justifica-se por uma razão de ordem política e por uma de ordem prática.

A aplicação desse princípio ao processo tem origem nas doutrinas estatutárias medievais que distinguiam entre *ordinatorium litis* e *decisorium litis*, no sentido de que o primeiro, que constitui o direito processual, depende sempre e apenas da lei do juiz, enquanto o último, que corresponde ao direito material, pode depender de uma lei diversa.

Pelo aspecto político tem-se por premissa para a imposição da territorialidade da norma processual o fato de que esta tem por objeto precisamente a disciplina da atividade jurisdicional desenvolvida no processo. Como a atividade jurisdicional estatal é manifestação do poder soberano do Estado, não poderia seu exercício ser regulado por leis estrangeiras sem inconvenientes para a boa convivência internacional.

Tal razão não se impõe ao *processo arbitral*, que não implica exercício do poder estatal, podendo ele, por isso, ser regido por normas nacionais ou estrangeiras, à livre escolha das partes.

Pelo aspecto prático têm-se em mente certas dificuldades quase insuperáveis que poderiam surgir com a movimentação da máquina judiciária de um Estado soberano mediante atividades regidas por normas e institutos de outro Estado. Basta imaginar, p. ex., o transplante para o Brasil de normas norte-americanas sobre a instituição e competência do *juri civil*.

A territorialidade da aplicação da lei processual é expressa pelo art. 1º do Código de Processo Civil (“a jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juízes em todo o território nacional, *conforme as disposições que este Código estabelece*”) e pelo art. 1º do Código de Processo Penal. Ainda segundo clássica lição doutrinária, o princípio absoluto da territorialidade em matéria processual exclui a existência de normas de direito internacional privado relativas ao processo e, em consequência, impede que as normas *processuais* estrangeiras sejam aplicadas diretamente pelo juiz nacional.

Isso não significa que o juiz nacional deva, em qualquer circunstância, ignorar a regra processual estrangeira: em determinadas situações ele tem até por dever referir-se à lei processual alienígena, como quando esta constitui pressuposto para a aplicação da lei nacional (CPC, art. 231, § 1º).

Nem se confunda com aplicação da lei *processual* estrangeira a aplicação da norma *material* estrangeira pertinente, à qual alude o Código de Processo Civil ao autorizar o juiz, em caso de uma norma estrangeira ser alegada por alguma das partes, a exigir prova de seu teor e vigência (CPC, art. 337). Quando o art. 7º do Código de Processo Civil alude à capacidade das partes para o exercício dos seus direitos, isso pode ensejar que a capacidade seja aferida conforme critérios estabelecidos pela lei civil estrangeira. A intrincada disciplina da aplicação da lei estrangeira, que integra o direito internacional privado, é regulada no Brasil pelos arts. 7-11 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

50. eficácia da norma processual no tempo

Estando as normas processuais limitadas também no tempo, como as normas jurídicas em geral, são, como a seguir, as regras que compõem o *direito processual intertemporal*:

a) as leis processuais brasileiras estão sujeitas às normas relativas à eficácia temporal das leis, constantes da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Assim, salvo disposição contrária, a lei processual começa a vigorar, em todo o país, quarenta e cinco dias depois de publicada;

se antes de entrar a lei em vigor ocorrer nova publicação de seu texto, o prazo começará a correr da nova publicação (art. 1º e §§ 3º e 4º);

A lei processual em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (Lei de Introdução, art. 6º). A própria Constituição Federal assegura a estabilidade dessas situações consumadas em face da lei nova (art. 5º, inc. XXXVI).

Não se destinando a vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue (Lei de Introdução, art. 2º).

b) dada a sucessão de leis no tempo, incidindo sobre situações (conceitualmente) idênticas, surge o problema de estabelecer qual das leis – se a anterior ou a posterior – deve regular determinada situação concreta. Como o processo se constitui por uma série de atos que se desenvolvem e se praticam sucessivamente no tempo (*atos processuais*, integrantes de uma cadeia unitária, que é o *procedimento*), torna-se particularmente difícil e delicada a solução do conflito temporal de leis processuais.

Não há dúvida de que as leis processuais novas não incidem sobre processos findos, seja porque acobertados pela proteção assegurada à coisa julgada (formada no processo de conhecimento findo), seja pela garantia ao ato jurídico perfeito (no processo de conhecimento e também nos processos de execução e cautelar), seja pelo direito adquirido, reconhecido pela sentença ou resultante dos atos executivos (nos processos de conhecimento, execução e cautelar).

Os processos a serem iniciados na vigência da lei nova por esta serão regulados.

A questão coloca-se, pois, apenas no tocante aos processos em curso por ocasião do início de vigência da lei nova.

Diante do problema, três diferentes sistemas poderiam hipoteticamente ter aplicação:

a) o da *unidade processual*, segundo o qual, apesar de se desdobrar em uma série de atos diversos, o processo apresenta tal unidade que somente poderia ser regulado por uma única lei, a nova ou a velha, de modo que a velha teria de se impor para não ocorrer a retroação da nova, com prejuízo dos atos já praticados até sua vigência;

b) o das *fases processuais*, para o qual distinguir-se-iam fases processuais autônomas (postulatória, ordinatória, instrutória, decisória e recursal), cada uma suscetível, de per si, de ser disciplinada por uma lei diferente;

c) o do *isolamento dos atos processuais*, no qual a lei nova não atinge os atos processuais já praticados nem seus efeitos, mas se aplica

aos atos processuais a praticar, sem limitações relativas às chamadas fases processuais.

Esse último sistema tem contado com a adesão da maioria dos autores e foi expressamente consagrado pelo art. 2º do Código do Processo Penal: “a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”. E, conforme entendimento de geral aceitação pela doutrina brasileira, o dispositivo transscrito contém um princípio geral de direito processual intertemporal que também se aplica, como norma de *superdireito*, às normas de direito processual civil.

Aliás, o Código de Processo Civil confirma tal regra, estabelecendo que, “ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes” (art. 1.211).

Para o processo das infrações penais de menor potencial ofensivo a Lei dos Juizados Especiais adotou o sistema das fases do procedimento, determinando que as disposições da lei nova não se aplicam aos processos penais cuja instrução já estiver iniciada (art. 90). Mas as normas de caráter processual penal da lei nova que beneficiem a defesa têm incidência imediata e retroativa, por força do princípio da aplicação retroativa da lei penal benéfica (Const., art. 5º, inc. XL – CP, art. 2º, par.).

Têm surgido dúvidas quanto à aplicação aos casos pendentes da impenhorabilidade da casa residencial do devedor (*bem de família* – lei n. 8.009, de 30.3.1990, art. 6º). Prepondera a jurisprudência que atribui eficácia retroativa a essa lei, inclusive para o fim de desconstituir penhoras já realizadas quando ela entrou em vigor.

bibliografia

- Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, I, cap. IV.
Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, I, cap. III, §§ 33 e 34.
Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 32-36.
Foschini, *Sistema del diritto processuale penale*, I, cap. XX, §§ 205 e 206.
Grinover, Magalhães Gomes Filho, Scarance Fernandes & Gomes, *Juizados Especiais Criminais*, Comentários à Lei 9.099, de 26.9.1995, pp. 92-95.
Leone, *Tratado de derecho procesal penal*, I, parte II, cap. II, §§ 1, 3 e 4; cap. IV (trad.).
Marques, *Instituições de direito processual civil*, I, cap. II, §§ 10 e 11.
_____, *Manual de direito processual civil*, I, cap. II, § 5º.
Morelli, *Diritto processuale civile internazionale*, cap. I, § 1º.
Tornaghi, *Instituições de processo penal*, I, pp. 162 ss.
Tourinho Filho, *Processo penal*, I, pp. 77 ss.

CAPÍTULO 10 *INTERPRETAÇÃO DA LEI PROCESSUAL*

51. interpretação da lei, seus métodos e resultados

Interpretar a lei consiste em determinar seu significado e fixar seu alcance. Compreendendo diversos momentos e aspectos, a tarefa interpretativa apresenta contudo um tal caráter unitário, que não atinge o seu objetivo senão na sua inteireza e complexidade. A esses diversos aspectos da atividade do intérprete, que mutuamente se completam e se exigem, alude-se tradicionalmente com o nome de *métodos de interpretação*.

Como as leis se expressam por meio de palavras, o intérprete deve analisá-las, tanto individualmente como em sua sintaxe: é o *método grammatical* ou *filológico*.

De outro lado, os dispositivos legais não têm existência isolada mas inserem-se organicamente em um sistema, que é o *ordenamento jurídico*, em recíproca dependência com as demais regras de direito que o integram. Desse modo, para serem entendidos devem ser examinados em suas relações com as demais normas que compõem o ordenamento e à luz dos princípios gerais que o informam: é o *método lógico-sistemático*.

Além disso, considerando que o direito é um fenômeno histórico-cultural, é claro que a norma jurídica somente se revela por inteiro quando colocada a lei em sua perspectiva histórica, com o estudo das vicissitudes sociais de que resultou e das aspirações a que correspondeu: é o *método histórico*.

Nem se pode olvidar que os ordenamentos jurídicos, além de enfrentarem problemas idênticos ou análogos, avizinharam-se e se influenciam mutuamente: parte-se, portanto, para o *método comparativo*.

A combinação indivisível de todas essas pesquisas, aliada à consciência do *conteúdo finalístico e valorativo do direito*, completa a atividade de interpretação da lei.

Conforme o *resultado* dessa atividade, a interpretação será declarativa, extensiva, restritiva ou ab-rogante.

É *declarativa* a interpretação que atribui à lei a exata dimensão normativa proveniente do significado de seu texto, sem ampliá-la e sem restringi-la.

Quando considera a lei aplicável a casos não abrangidos em seu teor literal a interpretação é *extensiva* (*lex plus voluit quam dixit*).

Restritiva é a interpretação que limita o âmbito de aplicação da lei a um círculo mais estreito de casos do que o indicado por suas palavras (*minus voluit quam dixit*).

Finalmente, diz-se *ab-rogante* a interpretação que, diante de uma incompatibilidade absoluta e irredutível entre dois preceitos legais ou entre um dispositivo de lei e um princípio geral do ordenamento jurídico, conclui pela inaplicabilidade da lei interpretada.

52. *interpretação e integração*

Considerado como ordenamento jurídico, o direito não apresenta lacunas: sempre haverá no ordenamento jurídico, ainda que latente e implícita, uma regra para disciplinar cada possível situação ou conflito entre pessoas. O mesmo não acontece com a *lei*, todavia; por mais imaginativo e previdente que fosse o legislador, jamais conseguiria cobrir através dela todas as situações que a multifária riqueza da vida social, em suas constantes mutações, poderá provocar. Assim, na busca da norma jurídica pertinente a situações concretas ocorrentes na sociedade muitas vezes será constatada a inexistência de lei incidente: a situação não fora prevista e, portanto, não fora regulada pelo legislador.

Mas, como evidentemente não se pode tolerar a permanência de situações não definidas perante o direito, tornando-se então necessário preencher a lacuna da lei, nesses casos tem pertinência a *integração da lei* – considerando-se tal a atividade mediante a qual se preenchem as lacunas verificadas na lei, mediante a pesquisa e formulação da regra jurídica pertinente à situação concreta não prevista pelo legislador. “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei” – diz enfaticamente o Código de Processo Civil (art. 126). O preenchimento das lacunas da lei faz-se através da analogia e dos princípios gerais do direito.

Consiste a *analogia* em resolver um caso não previsto em lei mediante a utilização de regra jurídica relativa a hipótese semelhante.

Fundamenta-se o método analógico na ideia de que, em um ordenamento jurídico, a *coerência* leva à formulação de regras idênticas onde se verifica a identidade da razão jurídica: *ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio*. Distingue-se a *interpretação extensiva* da analogia, no sentido de que a primeira é extensiva do significado textual da norma e a última é extensiva da intenção do legislador, isto é, da própria disposição.

Quando ainda a analogia não permite a solução do problema, deve-se recorrer aos *princípios gerais do direito*, que compreendem não apenas os princípios decorrentes do próprio ordenamento jurídico como ainda aqueles que o informam e lhe são anteriores e transcendentais. Na utilização dos princípios gerais do direito é de ser percorrido o caminho do crescente grau de abstração, partindo dos princípios atinentes ao ramo do direito em foco e prosseguindo a caminhada em direção aos princípios gerais da ordem jurídica como um todo.

No desempenho de sua função interpretativa o intérprete frequentemente desliza de maneira quase imperceptível para a atividade própria da *integração*. Interpretação e integração comunicam-se funcionalmente e se completam mutuamente para os fins de revelação do direito. Embora em medidas e sentidos diferentes, ambas têm caráter criador no campo jurídico, pondo em contato direto as regras de direito e a vida social e assim extraíndo das fontes a norma com que regem os casos submetidos a exame.

53. *interpretação e integração da lei processual*

A interpretação e a integração da lei processual estão subordinadas às mesmas regras que regem a interpretação e a integração dos demais ramos do direito, conforme disposições contidas nos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Aliás, o art. 3º do Código de Processo Penal, para evitar dúvidas suscitadas quanto à aplicação daquelas regras a esses ramos do direito processual, é explícito: “a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.

Realmente, as peculiaridades da lei processual não são tais que sigam a utilização de cânones especiais de interpretação: basta que sejam convenientemente perquiridas e reveladas, levando em consideração as finalidades do processo e sua configuração sistemática. Daí o entendimento prevalente entre os processualistas no sentido de acentuar a relevância da interpretação sistemática da lei processual. Os princípios gerais do processo, inclusive aqueles ditados em nível constitucional,

estão presentes em toda e qualquer norma processual, e à luz dessa sistemática geral todas as disposições processuais devem ser interpretadas.

bibliografia

- Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, I.
Couture, *Interpretação das leis processuais*.
Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, n. 31.
Foschini, *Sistema del diritto processuale penale*, I, cap. XX, n. 207.
Leone, *Trattato di diritto processuale penale*, I, parte II, cap. II (trad.).
Marques, *Instituições de direito processual civil*, I, cap. II, § 9º.
_____, *Manual de direito processual civil*, I, cap. II, § 4º.
Tornaghi, *Instituições de processo penal*, I, pp. 118 ss.
Tourinho Filho, *Processo penal*, I, pp. 133 ss.

CAPÍTULO 11 *EVOLUÇÃO HISTÓRICA* *DO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO*

54. continuidade da legislação lusa

A conquista da independência política não levou o Brasil a rejeitar em bloco a legislação lusitana, cuja continuidade foi assegurada pelo decreto de 20 de outubro de 1823 em tudo que não contrariasse a soberania nacional e o regime brasileiro. Assim, o país herdava de Portugal as normas processuais contidas nas Ordенаções Filipinas e em algumas leis extravagantes posteriores.

As Ordenações Filipinas, assim denominadas porque promulgadas pelo rei Felipe I (em 1603), foram grandes codificações portuguesas, precedidas pelas Ordenações Manuelinas (1521) e pelas Afonsinas (1456), cujas fontes principais foram o direito romano e o direito canônico, além das leis gerais elaboradas desde o reinado de Afonso II, de concordatas celebradas entre reis de Portugal e autoridades eclesiásticas, das Sete Partidas de Castela, de antigos costumes nacionais e dos *foros* locais.

Em seu Livro III as Ordenações Filipinas disciplinaram o processo civil, dominado pelo princípio dispositivo e movimentado apenas pelo impulso das partes, cujo procedimento, em forma escrita, se desenrolava através de fases rigidamente distintas. O processo criminal, juntamente com o próprio direito penal, era regulado pelo tenebroso Livro V das Ordenações, que admitia o tormento, a tortura, as mutilações, as marcas de fogo, os açoites, o degredo e outras práticas desumanas e irracionalistas, manifestamente incompatíveis com o grau de civilização já então atingido no Brasil, várias décadas depois da publicação da humanitária obra-mestra de Beccaria.

Diante desse panorama justificava-se plenamente a primeira e a maior preocupação com o direito penal e o processo penal. A Constituição

tuição de 1824 não somente estabeleceu alguns cânones fundamentais sobre a matéria, como a proibição de prender e conservar alguém preso sem prévia culpa formada (art. 179, §§ 8º, 9º e 10º) e a abolição imediata dos açoites, da tortura, da marca de ferro quente e de todas as demais penas cruéis (art. 179, § 19), como ainda determinou que se elaborasse, com urgência, “um Código Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade” (art. 179, § 18).

Em obediência a essa determinação constitucional foi preparado e afinal sancionado pelo decreto de 16 de dezembro de 1830 o Código Criminal do Império, obra legislativa de grande valor, que procedeu à completa inovação da disciplina positiva penal, inclusive com a consagração do princípio básico da reserva legal. Tornou-se então necessária a substituição das leis esparsas e fragmentárias de processo penal por um novo corpo legislativo adequado à aplicação da recente codificação penal, promulgando-se o nosso primeiro “Código de Processo Criminal de primeira instância com disposição provisória acerca da administração da justiça civil”.

O Código de Processo Criminal quase nada aproveitou da legislação precedente, inspirando-se antes de tudo nos modelos inglês e francês. Mas, sendo do tipo acusatório o sistema processual inglês e do tipo inquisitório o francês, apartando-se um do outro de forma significativa, eles deram ao legislador brasileiro os elementos para a construção de um sistema misto ou eclético, que combinava aspectos e tendências daquelas legislações estrangeiras. De qualquer forma, o Código de Processo Criminal brasileiro de 1832, por sua clareza, simplicidade, atualidade e espírito liberal, mereceu geral aprovação.

Se o próprio Código foi obra de inegáveis méritos, melhor ainda foi a sintética e exemplar “disposição provisória acerca da administração da justiça civil” que a ele se anexou como Título Único. Com apenas vinte e sete artigos, a disposição provisória simplificou o procedimento, supriu formalidades excessivas e inúteis, excluiu recursos desnecessários – enfim, criou condições excelentes para a consecução das finalidades do processo civil, estabelecendo as bases para um futuro Código de Processo Civil, que, infelizmente, não veio a ser elaborado.

Pior que isso, algumas das reformas introduzidas pela disposição provisória na disciplina do processo civil não tardaram a ser canceladas. Através da lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841, alterou-se o Código de Processo Criminal, com o objetivo de aumentar os poderes da polícia, em detrimento do quê foi considerado excessivamente liberal no diplo-

ma de 1832, aproveitando-se a oportunidade para modificar a disposição provisória, em um verdadeiro retrocesso político e legislativo.

Nesse primeiro período da nossa independência as disciplinas do processo penal e do processo civil caminharam quase *pari passu*.

55. *o Regulamento 737*

Sancionado o Código Comercial de 1850, o Governo Imperial editou o primeiro código processual elaborado no Brasil: o famoso Regulamento 737, de 25 de novembro daquele mesmo ano, destinado, nos termos do art. 27 do Título Único que completava o Código do Comércio, a “determinar a ordem do juízo no processo comercial”.

O Regulamento 737 dividiu os processualistas. Foi considerado “um atestado da falta de cultura jurídica, no campo do direito processual, da época em que foi elaborado”; e foi elogiado como “o mais alto e mais notável monumento legislativo do Brasil, porventura o mais notável código de processo até hoje publicado na América”. Na realidade, examinado serenamente em sua própria perspectiva histórica, o Regulamento 737 é notável do ponto de vista da técnica processual, especialmente no que toca à economia e à simplicidade do procedimento.

Anos mais tarde, em virtude de prolongada campanha, restabelecia-se, através da lei n. 2.033, de 20 de setembro de 1871 (regulada pelo dec. n. 4.824, de 22.11.1971), a mesma orientação liberal do antigo Código de Processo Criminal do Império.

Nesse meio-tempo as causas civis continuaram a ser reguladas pelas Ordenações e suas alterações. Sendo inúmeras as leis modificativas das Ordenações, o Governo, dando cumprimento à referida lei n. 2.033, de 20 de setembro de 1871, encarregou o Cons. Antonio Joaquim Ribas de reuni-las em um conjunto que contivesse toda a legislação relativa ao processo civil. A *Consolidação das Leis do Processo Civil*, elaborada por Ribas, passou a ter força de lei em virtude da resolução imperial de 28 de dezembro de 1876. O trabalho do Cons. Ribas, na verdade, não se limitou a compilar as disposições processuais então vigentes. Foi além, reescrevendo-as muitas vezes tal como as interpretava; e como fonte de várias disposições de sua *Consolidação* invocava a autoridade não só de textos romanos como de autores de nomeada, em lugar de regras legais constantes das Ordenações ou de leis extravagantes.

56. instituição das normas

Uma das primeiras medidas legislativas adotadas pelo Governo Republicano com relação ao processo civil consistiu em estender às causas civis em geral as normas do Regulamento 737, com algumas exceções (dec. n. 763, de 16.9.1890).

Logo após, pelo dec. n. 848, de 11 de outubro de 1890, instituiu-se e organizou-se a Justiça Federal no país, estabelecendo-se, ainda, sobre o modelo do Regulamento 737, as regras do processo para as causas de competência daquela Justiça.

Com a Constituição de 1891 consagrou-se, a par da dualidade de Justiças – Justiça Federal e Justiças Estaduais –, a dualidade de processos, com a divisão do poder de legislar sobre direito processual entre a União Federal e os Estados. Elaborou-se portanto, de um lado, a legislação federal de processo, cuja consolidação, preparada por José Higino Duarte Pereira, foi aprovada pelo dec. n. 3.084, de 5 de novembro de 1898; de outro lado, iniciaram-se aos poucos os trabalhos de preparação dos Códigos de Processo Civil e dos Códigos de Processo Criminal estaduais, na maioria presos ao figurino federal.

Merecem realce especial, por refletirem o espírito renovador e o pensamento científico que animara a doutrina do processo na Alemanha e na Itália, os Códigos de Processo Civil da Bahia e de São Paulo.

57. competência para legislar

Com a Constituição Federal de 1934 concentrou-se novamente na União a competência para legislar com exclusividade em matéria de processo, mantendo-se essa regra nas Constituições subsequentes. Tornou-se então necessária a preparação de novos Códigos de Processo Civil e Penal, vindo o Governo a constituir comissões de juristas encarregados dessa tarefa.

Em face de divergências surgidas na comissão encarregada de preparar um anteprojeto de Código de Processo Civil, um de seus membros, o advogado Pedro Batista Martins, apresentou um trabalho de sua lavra. Foi esse trabalho que, depois de revisto pelo então Ministro da Justiça, Francisco Campos, por Guilherme Estellita e por Abgar Renault, transformou-se no Código de Processo Civil de 1939. Serviram-lhe de paradigma os Códigos da Áustria, da Alemanha e de Portugal; adotou o princípio da oralidade, tal como preconizado por Chiovenda, com algu-

mas concessões à tradição, notadamente no que diz respeito ao sistema de recursos e à multiplicação de procedimentos especiais.

Instituiu-se o vigente Código de Processo Penal através do dec.-lei n. 3.869, de 3 de outubro de 1941, para entrar em vigor em 1º de janeiro de 1942. Esse Código baseou-se em projeto elaborado por Vieira Braga, Nelson Hungria, Narcélio Queiroz, Roberto Lyra, Florêncio de Abreu e Cândido Mendes de Almeida.

O Código de Processo Penal compõe-se de seis Livros, desdobrados em oitocentos e onze artigos: “I – do processo em geral”; “II – dos processos em espécie”; “III – das nulidades e dos recursos em geral”; “IV – da execução”; “V – das relações jurisdicionais com as autoridades estrangeiras”; “VI – disposições gerais”.

Somente a Constituição Federal de 1988 foi que, mantendo em princípio tal competência exclusiva quanto às normas processuais em sentido estrito, deu competência concorrente aos Estados para legislar sobre “procedimentos em matéria processual” (art. 24, inc. XI) e a “criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas” (inc. X). O primeiro desses dispositivos parte da distinção entre normas processuais e normas sobre procedimento, de difícil determinação (*supra*, n. 43). Mais de vinte e cinco anos passados de vigência da Constituição, todavia, os Estados ainda não exerceram sua competência concorrente para legislar em matéria de procedimento.

58. reforma legislativa

Chegou um momento em que foi possível a verificação dos graves defeitos apresentados pelos dois estatutos processuais, especialmente à vista dos problemas práticos decorrentes de sua aplicação. Além disso, a apreciação crítica a que os submeteu a doutrina bem como a assistemática afloração de leis extravagantes acabaram por exigir a reformulação da legislação processual, com a preparação de novas codificações.

Alfredo Buzaid e José Frederico Marques, professores da Faculdade de Direito de São Paulo, receberam do Governo Federal o encargo de elaborar, respectivamente, os anteprojetos do Código de Processo Civil e do Código de Processo Penal.

O Anteprojeto Buzaid, revisto por uma comissão composta dos profs. José Frederico Marques e Luís Machado Guimarães e do des. Luís Antônio de Andrade, foi submetido ao Congresso Nacional (proj.

n. 810/1972) e afinal, depois de sofrer numerosas emendas, foi aprovado e em seguida promulgado pela lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1974, e no presente está em via de ser substituído por outro Código, cujo *Projeto* pende de votação nas Casas do Congresso.

O Anteprojeto José Frederico Marques, depois de revisto por uma comissão composta dos profs. Hélio Bastos Tornaghi, Benjamin Moraes Filho, José Carlos Moreira Alves e José Salgado Martins, além do próprio autor, foi encaminhado ao Congresso Nacional em 1975. Mas sua longa tramitação legislativa foi interrompida quando veio a ser retirado pelo Executivo (entre outras causas porque havia sido revogado o Código Penal de 1969, antes mesmo de entrar em vigor).

Os trabalhos foram retomados no Governo Figueiredo, que instituiu uma comissão composta dos profs. Francisco de Assis Toledo, Rogério Lauria Tucci e Hélio Fonseca, cujo anteprojeto, revisto por comissão integrada pelos profs. José Frederico Marques e Jorge Alberto Romeiro, foi finalmente encaminhado, pela mensagem n. 240, de 29 de junho de 1983, ao Congresso Nacional (proj. n. 1.655/1983). O projeto foi aprovado pela Câmara dos Deputados mas desde então permanece sem progresso no Senado Federal.

Melhor sorte teve a Lei de Execução Penal (lei n. 7.210, de 11.7.1984, em vigor desde 13.1.1985), que resultou de trabalhos da comissão composta dos profs. Francisco de Assis Toledo, René Ariel Dotti, Miguel Reale Jr., Ricardo Antunes Andreucci, Rogério Lauria Tucci, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, Benjamin Moraes Filho e Negi Calixto.

Em 1993, em face da premente necessidade de modernização do Código de Processo Penal, o Ministério da Justiça encarregou a Escola Superior da Magistratura, presidida pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, de oferecer propostas de reforma do Código. Seis conjuntos de anteprojetos de lei foram apresentados ao Ministério e, com algumas modificações, encaminhados como Projetos à Câmara dos Deputados, em 1995. Desses, um projeto foi convertido em lei, sendo os demais retirados pelo Executivo.

59. *Código de Processo Civil*

O Código de Processo Civil de 1973, em vigor até 16.3.2016, contém 1.220 artigos agrupados em cinco Livros: “I – do processo de conhecimento”; “II – do processo de execução”; “III – do processo cautelar”;

“IV – dos procedimentos especiais” e “V – das disposições finais e transitórias”. Essa sistemática que transparece na rubrica de seus três primeiros Livros ajusta-se à doutrina que reconhece a existência de três clássicas modalidades de processos realizados em juízo: o de conhecimento, o de execução e o cautelar. Peca o Código, todavia, por não incluir um Livro inicial portador de uma *parte geral*, com disposições aplicáveis a todas as espécies de processos. As normas gerais estabelecidas no Livro *do processo de conhecimento* são transpostas aos de execução e cautelar por força de disposições específicas (art. 598).

A distinção entre essas três espécies de processos ficou bastante comprometida pela superveniência da lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005 (Lei do Cumprimento de Sentença), a qual reduziu drasticamente o âmbito do autêntico processo civil de conhecimento. Sempre que a sentença civil contém o reconhecimento de alguma obrigação a ser cumprida pelo vencido, a efetivação dessa obrigação far-se-á em continuação ao mesmo processo – sem se instaurar, como tradicionalmente se fazia, um autônomo processo de execução. Nesse regime só haverá um *processo de conhecimento* quando presentes esses dois requisitos cumulativos: a) que a sentença não imponha obrigação alguma a ser cumprida (p. ex., uma sentença declaratória de paternidade, uma anulatória de contrato, uma que extinga o processo sem julgamento do mérito); b) que ela não contenha a condenação de qualquer das partes a reembolsar despesas processuais ou honorários da sucumbência. Ausente qualquer dessas circunstâncias, o processo não será de *conhecimento*, porque prosseguirá para a execução (por *quantia*) ou para o cumprimento da sentença (obrigações específicas – CPC, arts. 475-I e 475-J). E, como é natural, antes da prolação da sentença não será jamais possível saber se o processo será de *conhecimento* ou esse misto *sincrético* de conhecimento e *cumprimento de sentença*.

No primeiro Livro, denominado “do processo de conhecimento”, o estatuto processual civil regula as figuras do juiz, partes e procuradores; disciplina a competência interna e a internacional dos órgãos judiciários; dispõe longamente sobre os atos processuais e suas nulidades; estabelece o procedimento ordinário e o sumário; inclui disposições sobre prova, sentença e coisa julgada; edita regras sobre o processo nos tribunais (compreendendo os institutos da uniformização da jurisprudência, da declaração incidental de inconstitucionalidade, da homologação da sentença estrangeira e da ação rescisória); e institui toda a disciplina dos recursos. O Livro I, embora denominado *do processo de conhecimento*, inclui também toda a disciplina da execução por título judicial (cumprimento de sentença).

No Livro II, em sua atual redação (depois da vigência da Lei do Cumprimento de Sentença), o Código trata do processo de execução, destacando-se a disciplina que dá aos títulos executivos extrajudiciais, sua exigência, embargos do executado. Disciplina também a competência em matéria executiva, a responsabilidade executiva, os atos atentatórios à dignidade da justiça e as sanções que merecem. Disciplina as espécies de execução (procedimentos diferenciados), com especial destaque para a execução por quantia certa contra devedor solvente, em contraposição à execução contra devedor (civil) insolvente.

Pelo disposto na lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005 (Lei do Cumprimento de Sentença), não haverá mais um processo autônomo de execução fundado em sentença proferida no processo civil (art. 475-N, inc. I). Quer a sentença condenatória imponha ao réu o cumprimento de uma *obrigação específica* (obrigação de fazer, de não fazer, de entregar coisa certa), quer lhe imponha uma obrigação de pagar dinheiro, a execução do julgado chama-se, no sistema vigente, *cumprimento de sentença* e desenvolve-se em mera *fase* do processo em que a sentença houver sido proferida – essa fase é realizada em continuação a esse processo e não constitui um novo *processo* em si mesma (CPC, arts. 461, 461-A e 475-I ss.). Desse modo, a disciplina de um *processo de execução*, contida no Livro II do Código de Processo Civil, está reduzida ao *processo de execução por título extrajudicial*. À execução por título judicial, ou *cumprimento de sentença*, seus preceitos aplicar-se-ão apenas em caráter subsidiário (art. 475-R). Eles foram profundamente alterados pela lei n. 11.382, de 6 de dezembro de 2006, a qual deu nova disciplina a essa parte do Código de Processo Civil.

No Livro III o Código dá ao processo cautelar uma disciplina sistemática e científica que não se vê em nenhum dos melhores códigos dos países civilizados. Disciplina as medidas cautelares específicas ou *tipicas* (como arresto, sequestro, produção antecipada de provas etc.) e dá uma grande e explícita abertura para o *poder cautelar geral do juiz*, com a possibilidade de concessão de medidas *atípicas* (inominadas).

O quarto Livro abrange os procedimentos especiais (em número bastante elevado, relativamente aos contemplados nos códigos da atualidade), distribuídos em duas categorias: os de jurisdição contenciosa e os de jurisdição voluntária.

Finalmente, o Livro V, com apenas dez artigos, contém disposições finais e transitórias. Entre elas inclui-se uma que *determina a vigência residual de algumas seções do Código de 1939* (art. 1.218).

59-A. o Código de Processo Civil de 2015

O momento histórico. A iniciativa de promover a implantação de um novo Código de Processo Civil neste país partiu do sen. José Sarney, então Presidente do Senado Federal, em um momento no qual se via envolvido em grave crise política. Segundo a voz corrente ao tempo, tal iniciativa teria, da parte de Sua Excelência, o objetivo de desviar o foco da mídia e da opinião pública, colocando o Senador em uma posição favorável para ser visto como um operoso inovador, comprometido com as legítimas aspirações da nação brasileira.

As modificações trazidas pelas minirreformas do Código de Processo Civil. A partir de 1994, sobretudo pela via de propostas redigidas pelos Mins. Sálvio de Figueiredo Teixeira e Athos Gusmão Carneiro, do Superior Tribunal de Justiça, e apresentadas pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, diversas leis vieram alterar profundamente o Código de Processo Civil, sendo de se destacar a introdução da tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer (CPC-73, art. 461), a generalização do instituto da antecipação de tutela, separado do tratamento do processo cautelar (art. 273), o novo regime do agravo (art. 522) e a Lei do Cumprimento da Sentença. São inegáveis os méritos dessas reformas, todas elas voltadas à aceleração e simplificação do processo civil mediante a agilização dos trâmites e decisões, com repúdio a medidas desnecessárias e providências burocráticas inúteis.

Àquele tempo o sistema processual do Código de 1973 já se encontrava medularmente desestruturado pelas Reformas, particularmente pela Lei do Cumprimento de Sentença, e havia dois caminhos a seguir: continuar com as minirreformas – que desestruturariam ainda mais o Código – ou pensar em um novo Código. Foi essa a escolha da Presidência do Senado Federal.

Um projeto prematuro e açodado. Mas o Projeto de novo Código de Processo Civil acabou vindo antes do tempo. A Presidência do Senado Federal colocou a Comissão de Juristas em uma verdadeira *camisa de força*, praticamente obrigando-a a preservar as técnicas do Código de Processo em vigor, inclusive aceitando e reeditando o modelo trazido pela Lei do Cumprimento de Sentença. Nesse quadro, sem que seus integrantes tivessem diante de si os resultados maduros, positivos ou negativos, de uma experiência suficiente, era *manter ou manter* o sistema do processo sincrético, sem margem para uma opção contrária.

Pouco tempo antes da iniciativa da Presidência do Senado, o Instituto Brasileiro de Direito Processual, após a publicação do volume *Bases*

científicas para um renovado direito processual, concluirá em assembleia geral que os tempos não estavam maduros para a apresentação de um novo Código.

Além disso, ficou decidido que a estrutura do novo Código deveria ser basicamente a mesma do vigente, com algumas alterações como a introdução de uma parte geral (L. I) e a supressão dos Livros referentes ao processo cautelar e aos procedimentos especiais (CPC-73, LL. III e IV). Já àquele tempo vozes oriundas de integrantes do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo defendiam que a sistematização deveria partir dos diversos conflitos de interesse, para agrupar os procedimentos de acordo com a tutela jurisdicional adequada (ordinária e diferenciada – *supra*, n. 2). E, também por escolha da Comissão, o projeto só cuidou do processo individual, deixando de lado o coletivo. O único dispositivo do Código que teria alguma repercussão no processo coletivo (a conversão da ação individual em coletiva – art. 333) veio a ser vetado pela Presidência da República. Pela inclusão do tratamento do processo coletivo no projeto havia opinado, dentre outros, Athos Gusmão Carneiro.

Prazo de cento e oitenta dias. Esses inconvenientes foram agravados pelo tempo angustiosamente exíguo concedido pela Presidência do Senado Federal à Comissão de Juristas então designada para elaborar o Anteprojeto (ato n. 379, de setembro de 2009, publicado em outubro do mesmo ano). O empenho em apresentar resultados à opinião pública levou o sen. José Sarney a impor à Comissão o estreitíssimo prazo de cento e oitenta dias, que foi rigorosamente observado por esta, sendo o Anteprojeto apresentado e transformando-se em Projeto, que também o Senado Federal aprovou *a toque de caixa* com a adoção de um substitutivo. Não se faz um Código em seis meses!

O Código de Processo Civil de 1973 veio de um anteprojeto elaborado no ano de 1961, o qual só foi convertido em lei doze anos depois, em 1973, após intensas discussões, inclusive em congressos organizados para esse fim específico.

A Comissão. A Comissão de Juristas encarregada da elaboração de um Anteprojeto de Código de Processo Civil foi integrada por onze membros, dos quais sete processualistas bastante conhecidos, mais quatro profissionais do direito. Ela foi constituída já pelo mesmo ato presidencial que deu início ao *iter* de criação de um novo Código e, apesar da exiguidade do tempo, logrou apresentar seu *anteprojeto* no prazo estipulado.

Os processualistas integrantes dessa Comissão foram os professores Luiz Fux, professor titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e naquele tempo Ministro do Superior Tribunal de Justiça (presidente da Comissão); Teresa Arruda Alvim Wambier, professora livre-docente da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (coordenadora da Comissão); Adroaldo Furtado Fabrício, professor titular da Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Humberto Theodoro Júnior, professor titular da Universidade Federal de Minas Gerais; José Miguel Garcia Medina, professor da Universidade Estadual de Maringá; José Roberto dos Santos Bedaque, professor titular da Universidade de São Paulo; e Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, professor titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Os outros, entre os quais alguns são pós-graduados, foram os drs. Bruno Dantas, Elpídio Donizete Nunes, Jansen Fialho de Almeida e Marcus Vinicius Furtado Coelho.

O Anteprojeto foi apresentado somente em suas linhas gerais aos especialistas e à sociedade civil, vindo a se transformar em Projeto e logo aprovado pelo Senado, com a única possibilidade de se mandarem sugestões à Comissão de especialistas do Senado.

Os propósitos expressamente declarados pela Comissão. Como está ressaltado e exposto na Exposição de Motivos, “os trabalhos da Comissão orientaram-se precipuamente por cinco objetivos”: a) o da *harmonia com a Constituição Federal*, (b) o da fidelidade ao *contexto social* mediante a maior aderência possível às realidades subjacentes ao processo, (c) o da *simplificação* dos procedimentos, eliminando formalidades ou atos desnecessários ou inúteis, d) o do *maior rendimento possível*, para otimização dos resultados de “cada processo em si mesmo considerado” e (e) o de “imprimir maior grau de *organicidade ao sistema*, dando-lhe, assim, maior coesão”.

A tramitação do Projeto na Câmara dos Deputados. Na tramitação na Câmara dos Deputados, sob a relatoria, primeiro, do Dep. Sérgio Baradas Carneiro e, depois, do Dep. Paulo Teixeira, o projeto foi discutido por diversos especialistas, que sugeriram alterações. Foi então elaborado um *substitutivo*, que a Câmara aprovou aos 6 de junho de 2014 e o encaminhou ao Senado Federal. Foi ali aprovado com algumas emendas em 12 de dezembro do mesmo ano e, em seguida, remetido à Presidência da República, que aos 16 de março de 2015 o sancionou com alguns poucos vetos.

A estrutura do novo Código. A estrutura do novo Código de Processo Civil principia com um aspecto muito sadio, que é a inclusão de uma *parte geral* logo ao seu início, portadora de regras aplicáveis a todas as

espécies de processo. A *parte especial*, todavia, já principia com uma impropriedade ao denominar-se “do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença”, tratando a fase de cognição no mesmo setor em que trata da execução das sentenças ali proferidas. Esse é um reflexo da profunda distorção trazida ao processo civil brasileiro pela Lei do Cumprimento de Sentença. Não contém um Livro específico para a disciplina das medidas cautelares, como fazia o Código anterior (L. III, arts. 796 ss.); preferiu disciplinar as cautelares, bem como as antecipações de tutela, em um capítulo *das medidas urgentes*, as quais, por sua vez, figuram ao lado da *tutela da evidência*, todas integrando um título maior dedicado à *tutela provisória* (arts. 294 ss.). Também não contém um Livro *dos procedimentos especiais*, estando estes contidos no Livro que disciplina o processo de conhecimento (arts. 539 ss.). A execução por título extrajudicial continua regida em Livro autônomo (arts. 771 ss.).

O Projeto desenhou um Código com apenas 970 artigos e, portanto, bem mais breve que o anterior, que chegava até ao art. 1.218 e ainda conta com muitos artigos multiplicados mediante a designação por letras (285-A, 461-A, 475-A a 475-R etc.). No texto definitivo o novo Código contém 1.072 artigos.

As características fundamentais do novo Código. Em coerência com tais propósitos, o novo Código de Processo Civil contém, em primeiro lugar, uma grande quantidade de dispositivos destinados à efetividade das garantias constitucionais do processo, com alusões ao contraditório, à ampla defesa, à inafastabilidade do controle jurisdicional, ao juiz natural, à paridade em armas, ao processo em tempo razoável, à irretroatividade da lei processual (v. esp. arts. 3º ss.). Além desse enérgico comprometimento com a ordem constitucional, o Código inclui certas opções legislativas que o caracterizam e que, em seu conjunto, concordrem para identificar o *modelo* nele contido, sendo de destacar:

a) o *estilo cooperacionista*, expresso logo de início ao estabelecer que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (art. 6º). Manda também o Código, no trato das cartas de cooperação nacional, que “a parte a quem interessar o cumprimento da diligência cooperará para que o prazo a que se refere o *caput* seja cumprido” (art. 261, § 3º). O espírito colaboracionista é também revelado em vários artigos nos quais se determina que o juiz ouça as partes e, juntamente com elas, encaminhe o processo pelos rumos desejados. Destaca-se a adoção do *saneamento compartilhado*, a ser posto em prática quando a comple-

xidade da causa o aconselhar, e consistente em realizar uma audiência na qual as partes exporão suas razões e formularão suas propostas de encaminhamento do processo (art. 357, § 3º). Manda também que nunca o juiz se pronuncie sobre matéria não suscitada pelas partes, sem antes ouvi-las a respeito – ainda quando se trate de matéria sobre a qual possa pronunciar-se de ofício (art. 10). A oferta de meios para a cooperação das partes constitui de um lado um sistema de *deveres* destas, associado ao dever de boa-fé no processo, e, de outro, uma especificação da garantia do contraditório, mediante a prática do *diálogo* inerente a este;

b) a disposição segundo a qual “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos *fins sociais e às exigências do bem comum*, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência” (art. 8º). Esse dispositivo é uma reprodução ampliada do que consta no art. 6º da Lei dos Juizados Especiais, sobre o qual há o consenso de que este não contém uma abertura para os *julgamentos por equidade* – os julgamentos por equidade continuam sendo excepcionais no sistema, dispondo o art. 140, par., do Código de Processo Civil, que eles só serão admissíveis “nos casos previstos em lei”;

c) o apoio e incentivo às *soluções consensuais* do conflito, contido em dispositivos que dão abertura à prática da mediação e da conciliação (art. 3º, § 3º), chegando até a determinar que “os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição” (art. 165). Contém ainda o detalhamento de regras para essa prática, com destaque à exigência de diálogo efetivo entre as partes e ao regime jurídico de conciliadores e mediadores. Também à *arbitragem* é dedicada muita atenção (art. 3º, § 1º, art. 42, art. 69, § 1º, art. 289, inc. IV, e muitos outros);

d) a flexibilização de certas regras do processo e do procedimento (princípio da *adaptabilidade*), dispondo o art. 190 que “versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo, ressalvadas as situações de vulnerabilidade”. Também as *inversões do ônus da prova* (judicial ou consensual (art. 373, §§ 1º e 3º) são manifestações da ideia de flexibilização das normas processuais;

e) aberturas para a *harmonia dos julgados e estabilidade da jurisprudência*, mediante o incidente de julgamento de *causas repetitivas*, não só nos Tribunais Superiores (arts. 1.036 ss.), como também nos juízos de primeira instância e nos tribunais de segundo grau (arts. 976

ss.) – e com a possibilidade de *modulação temporal* da eficácia das decisões ali proferidas, em caso de alteração de uma jurisprudência antes estável (art. 927, § 2º). Esse incidente contribuirá para a uniformidade dos julgados e para a economia processual;

f) a *valorização dos precedentes dos tribunais*, mediante o acatamento de teses resolvidas em incidente de julgamento de recursos repetitivos e observância das Súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal, das Súmulas não vinculantes deste ou do Superior Tribunal de Justiça, da orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiver vinculado o juiz ou o órgão colegiado que deva proferir decisões envolvendo teses constantes desses precedentes etc. (art. 927);

g) o Projeto reduzia muito significativamente o *caráter preclusivo* do processo civil brasileiro, ao suprimir o agravo retido e confinar a admissibilidade do agravo de instrumento a umas poucas hipóteses (art. 929, incs. I-II c/c arts. 65, 85, § 2º, 279, par. etc.). No texto definitivo, todavia (art. 1.015), aumentaram-se de três para *treze* as hipóteses básicas de admissibilidade desse recurso, havendo também várias situações específicas em que o agravo se admitirá – donde resulta que ficou afastada a intenção inicial de reduzir a preclusividade no sistema brasileiro de processo civil. Continuamos a ter um processo marcadamente preclusivo, como dantes.

Essas e outras características centrais do novo Código, assumidas por opções conscientes do legislador, são os elementos responsáveis pelo traçado do perfil sistemático deste, ou seja, responsáveis pela definição do *modelo processual* nele contido.

Institutos suprimidos. A nova legislação suprimiu vários institutos contemplados no Código de Processo Civil de 1973, ora banindo-os simplesmente, ora substituindo por outras técnicas. Supriu, p.ex.,

a) a *ação declaratória incidental* (CPC-73, arts. 5º e 325). Essa técnica foi substituída pelo trato dado à coisa julgada incidente sobre questões prejudiciais resolvidas na sentença, nas condições e limites agora estabelecidos (art. 503, § 1º);

b) o *procedimento sumário*. Na fase de conhecimento teremos agora somente os procedimentos especiais e o comum, sem a divisão deste em ordinário e sumário.

c) os *embargos infringentes*. Em vez desse recurso, o novo Código oferece uma nova técnica para o caso de divergência de votos no julgamento da apelação, ação rescisória ou certos agravos de instrumento, consistente em ampliar a turma julgadora de modo a assegurar a possibilidade de reversão do julgamento (art. 942, *caput* e parágrafos);

d) o *agravo retido*. Com a sua supressão, não haverá preclusão sobre questões decididas ao longo do procedimento, desde que também não comportem agravo de instrumento;

e) a exceção ritual de *incompetência relativa*, devendo esta ser alegada, tanto quanto a absoluta, “como questão preliminar de contestação” (art. 64);

(f) as *exceções rituais* de suspeição ou impedimento do juiz, substituídas pela arguição dessas preliminares, no prazo de quinze dias a contar do conhecimento do fato, em uma *petição específica* endereçada ao juiz (art. 146). O procedimento, todavia, é muito semelhante ao daquelas exceções, regido pelo Código de 1973 (arts. 312 ss.).

g) as *medidas cautelares nominadas*, ou típicas. As medidas cautelares são tratadas de modo bastante amplo e genérico, ao lado das antecipações de tutela e da tutela da evidência, sem a tipificação de figuras particularizadas de tutela cautelar, como fazia o Código de 1973 (CPC-15, arts. 300 ss. – v. CPC-73, arts. 813 ss.). Pela redação que contém, o art. 301 do Código de 2015 limita-se a fixar um *poder geral de cautela* e simplesmente exemplificar as categorias cautelares admissíveis no sistema, dizendo: “a tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguração do direito”.

Novos institutos. Também novos institutos e novas técnicas antes inexistentes foram trazidos ao processo civil brasileiro, como p.ex.,

a) o *incidente de desconsideração da personalidade jurídica* (arts. 133 ss.). Visando a coibir abusos consistentes em invadir patrimônio de pessoas não figurantes no título executivo como obrigados, o novo Código exige que esses *redirecionamentos* da execução sejam necessariamente precedido de um incidente no qual se verificarão os requisitos para que uma personalidade jurídica venha a ser desconsiderada (CC, art. 50). Tal incidente poderá ser instaurado na fase de conhecimento, na de cumprimento de sentença ou na execução por título extrajudicial, conforme o caso (art. 134);

b) a *distribuição dinâmica do ônus da prova*. Como regra geral permanece o critério distributivo consagrado pelo Código de 1973 (fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos – art. 333), mas ao juiz é dado o poder, em certas situações e mediante certas cautelas, atribuir mais racionalmente essa distribuição. Assim está em seu art. 373, § 1º: “nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da

prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso” *etc.* Fica, porém, uma indispensável ressalva: medidas como esta não podem ser impostas quando a alteração do ônus da prova criar para uma das partes uma situação de impossibilidade ou insuportável dificuldade para a produção da prova (*probatio diabolica* – art. 373, § 2º);

c) *procedimento antecedente*, agora rigorosamente *autônomo*, para a postulação e concessão de medidas cautelares e antecipatórias (arts. 303 e 305 ss.);

d) *estabilização dos efeitos das antecipações de tutela* (art. 304). O novo Código arquitetou uma técnica bastante precisa segundo a qual, em certas situações, essas medidas que são *provisórias* pela própria natureza, adquirem a conotação de medidas principais, sem porém adquirirem a autoridade da coisa julgada material (“qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do *caput*” – art. 304, § 1º);

e) possibilidade de *julgamento antecipado parcial do mérito*, quando um ou mais pedidos ou parcela deles mostrar-se incontroverso ou estiverem em condições de imediato julgamento (art. 356);

f) o *amicus curiae*, conceituado como uma “pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada”, que, conforme as peculiaridades da causa, o juiz ou tribunal poderá admitir a manifestar-se no processo (art. 138);

g) a *exceção de pré-executividade*, como ato de resistência à execução, independentemente de prévia penhora ou qualquer outra constrição sobre o patrimônio do executado (arts. 518 e 803, par.).

h) *início da contagem do prazo para o ajuizamento da ação rescisória*, fixado a partir da descoberta da “prova nova” (art. 975, par. 2º), o que pode evitar algumas tentativas de desconsiderar a coisa julgada após o escoamento do prazo para rescisória.

Nova regência de institutos preexistentes. O novo Código trouxe também nova regência para uma quantidade relativamente grande de institutos e situações processuais, como p.ex., (a) a contagem dos prazos em dias úteis (art. 219), (b) a *sustentação oral* em certos agravos de instrumento (art. 937, inc. VIII), (c) os *honorários da sucumbência em segunda instância* (art. 81, § 11), (d) o *escalonamento* dos honorários da sucumbência devidos pela Fazenda Pública, segundo algumas faixas de valores contidos em sua condenação (art. 85, § 3º), (e) o explícito reconhecimento do *caráter alimentar* dos honorários da sucumbência, dispendo também o § 14 do art. 85 que eles desfrutam dos “mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada

a compensação em caso de sucumbência parcial”, (f) a disciplina dos *meios eletrônicos* de documentação e comunicação dos atos processuais (arts. 193 ss.).

60. a reforma processual penal

A reforma do Código de Processo Penal seguiu um caminho mais penoso. O projeto de um novo Código (proj. n. 1.655/1983) foi apresentado ao Congresso Nacional, acompanhando em muitos pontos o Projeto José Frederico Marques e refletindo, em sua sistemática, as modernas tendências doutrinárias do processo. Seus autores não seguiram as linhas do Código vigente, criando um estatuto que obedecesse às exigências científicas da atualidade, até em termos de teoria geral do processo.

Pontos altos do projeto, entre outros, eram a simplificação dos procedimentos, principalmente nos crimes da competência do tribunal do júri; a instituição do rito sumariíssimo, o julgamento conforme o estado do processo e o saneamento deste; a racionalização em matéria de nulidades e de recursos; a dignificação da função do Ministério Público. Mas seu principal defeito consistia em não inovar em profundidade, mantendo substancialmente a estrutura inadequada e morosa do processo penal vigente e deixando de enfrentar problemas momentosos, facilmente solucionáveis pela moderna técnica processual penal.

Mas, principalmente em face da posição expressamente assumida pela Constituição Federal, o projeto ficou completamente desatualizado e foi por isso que o Ministério da Justiça, em 1993, em face da premente necessidade de modernização do Código de Processo Penal, encarregou a Escola Superior da Magistratura, presidida pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, de oferecer propostas de reforma do Código. Seis conjuntos de anteprojetos de lei foram apresentados ao Ministério e, com algumas modificações, encaminhados como projetos à Câmara dos Deputados, em 1995. Desses, um projeto foi convertido em lei, sendo os demais retirados pelo Executivo.

Melhor sorte tiveram os anteprojetos apresentados por comissão do Instituto Brasileiro de Direito Processual, nomeada em 1999 pelo Ministro da Justiça, José Carlos Dias, e depois confirmada pelo Ministro José Gregori. Essa comissão, presidida por Ada Pellegrini Grinover e composta de dez membros (oito dos quais pertencentes à comissão anterior), tomou como ponto de partida os anteprojetos apresentados em 1995 ao Ministério, reformulando-os e ampliando-os. No fim de 2000

apresentou sete anteprojetos, amplamente discutidos por todos os segmentos jurídicos. Tais anteprojetos, embora setoriais, renovam inteiros institutos processuais penais, harmonizando-os com as partes inalteradas do Código. Tratavam dos seguintes temas: a) investigação criminal; b) procedimentos, suspensão do processo e efeitos da sentença penal condenatória; c) provas; d) interrogatório do acusado e defesa efetiva; e) prisão, medidas cautelares e liberdade; f) júri; g) recursos e ações de impugnação (*infra*, n. 60). Com exceção do primeiro, todos acabaram convertidos em lei, como minirreformas do Código de Processo Penal.

O espírito da reforma reside, de um lado, na agilização, simplificação e desburocratização do processo penal e, de outro, na rigorosa observância das garantias constitucionais. *Efetividade do processo e garantismo* são, assim, os valores informadores da reforma, que, para tanto, se serve da técnica do modelo acusatório, aderindo às novas tendências do processo penal, consagradas no Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América.

Esse Código Modelo serviu de base para profundas e recentes reformas dos sistemas processuais como os da Argentina, Guatemala, Costa Rica, El Salvador, Chile, Venezuela, Bolívia, Paraguai, e para os projetos de Honduras e do Equador, também alimentando reformas parciais no Brasil. E nas mesmas ideias fundaram-se as reformas dos Códigos da Itália e de Portugal.

As inovações trazidas pelas reformas e pelos dois projetos ainda não aprovados incidem profundamente no sistema processual penal vigente, modernizando-o e adequando-o ao modelo acusatório, em que as funções de acusar, defender e julgar devem ser atribuídas a órgãos diversos, no respeito integral ao contraditório. Com relação aos dois projetos, destacam-se duas linhas essenciais.

Primeira linha essencial. Na *investigação criminal* deixam-se perfeitamente caracterizadas as funções (a) da *Polícia*, encarregada das investigações, (b) do *Ministério Público*, destinatário da investigação, com atribuições de supervisão e controle, (c) do *juiz*, imparcial e equidistante, para a concessão das medidas cautelares, (d) da *defesa*, assegurada a partir do indiciamento, (e) e do *ofendido*, que pode exercer diversas atribuições.

Segunda linha essencial. Os recursos são extremamente simplificados. Adotam-se os critérios do Código de Processo Civil para o

cabimento da apelação e do agravo, que substitui o recurso em sentido estrito. O agravo, em regra, é retido, podendo ser de instrumento nos casos expressamente previstos. Suprimem-se a carta testemunhável e os embargos infringentes (o protesto por novo júri já foi suprimido pela lei aprovada), sendo estes substituídos pela seguinte técnica: não havendo unanimidade no julgamento da apelação, contrário ao acusado, o reexame da decisão por colegiado ampliado é condição de eficácia da decisão, devendo ser realizado no prazo de quinze dias, facultada às partes a apresentação de razões. A revisão criminal e o *habeas corpus* são tratados como ações de impugnação e neste se prevê a intimação do impetrante para a sessão de julgamento bem como a fixação do termo inicial do prazo para manifestação do Ministério Público.

Em síntese, as propostas de reforma do Código de Processo Penal visam a dotar o Brasil de instrumentos modernos e adequados, na óptica de um processo que deve assegurar a aplicação da lei penal com eficiência e presteza, realçando ao mesmo tempo as garantias próprias do modelo acusatório.

61. *leis modificativas dos Códigos vigentes* – as minirreformas do Código de Processo Civil

Sem contar as leis nn. 6.014, de 27 de dezembro de 1973, e 6.071, de 3 de abril de 1974, que adaptaram ao sistema do Código de Processo Civil-1973 vários procedimentos regidos em leis especiais, foi ele modificado por muitas dezenas de leis nestes seus quarenta anos de vigência. Teve curso, inclusive, um processo de pequenas reformas parciais desse Código, com vista à simplificação de seus atos e procedimentos, para a maior fluência do serviço jurisdicional (desburocratização). Trata-se do que se chamou *minirreformas* e que se expressa numa série de projetos independentes, cada um visando a determinado instituto ou setor do Código (citação postal, prova pericial, processo de conhecimento, procedimento sumário, recursos, execução, liquidação de sentença, procedimentos especiais). Alguns desses projetos já se converteram em lei, como adiante se verá. A mais significativa das leis modificativas do Código de Processo Civil foi a Lei do Cumprimento de Sentença (lei n. 11.232, de 22.12.2005), responsável por uma profunda alteração estrutural do processo civil, com eliminação dos processos autônomos de execução ou de liquidação e fusão de todos em um processo único, onde não passam de meras fases de um *processo sincrético*.

62. leis modificativas dos Códigos vigentes
– *Código de Processo Penal*

Mais de sessenta leis modificativas do Código de Processo Penal – ou da legislação extravagante –, disciplinando diversas matérias, vieram a lume a partir de sua promulgação em 1941. A nova legislação alterou todo o processo penal brasileiro, adotando o modelo acusatório (em que as funções do juiz, da acusação e da defesa são atribuídas a órgãos diversos e separados) e reforçando o direito de defesa, inclusive em consonância com a Constituição, mas também se preocupando com a nova criminalidade e seu tratamento processual. São exemplos eloquentes dessas tendências (a) a lei n. 5.349, de 3 de novembro de 1967, que eliminou a prisão preventiva compulsória; b) a Lei da Execução Penal (lei n. 7.210, de 1º de julho de 1984), que a jurisdicisionalizou; c) a lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, regulando os denominados *crimes hediondos*, com dispositivos sobre a inafiançabilidade e proibição de liberdade provisória, mas também fixando prazos de prisão temporária e livramento condicional e prevendo a apelação em liberdade; d) a lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, revolucionário diploma legislativo que dispõe sobre os juizados especiais criminais, introduzindo o processo penal consensual em nosso ordenamento; e) a lei n. 9.271, de 17 de abril de 1996, que eliminou o processo penal à revelia; f) a disciplina do regime das interceptações telefônicas para fins de investigação criminal e instrução processual penal (Const., art. 52, inc. LVI), instituída pela lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996; g) a possibilidade de infiltração de agentes da polícia ou de inteligência nas investigações sobre organizações criminosas (lei n. 10.217, de 11 de abril de 2001); h) a Lei Antitóxicos (lei n. 10.409, de 11 de janeiro de 2002), que estabelece um novo procedimento, com a previsão de resposta escrita do acusado, anterior ao recebimento da denúncia, e com a possibilidade de o Ministério Pùblico deixar de oferecer denúncia contra quem efetivamente colaborar; i) a lei n. 10.792, de 19 de dezembro de 2003, alterando profundamente o regime do interrogatório do Código de Processo Penal; j) a lei n. 12.483, de 8 de setembro de 2011, que estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas, testemunhas ameaçadas e acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal; k) a importante lei que pela primeira vez define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal e os meios de obtenção da prova, em especial no que toca à delação premiada (lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013). E, finalmente, as leis oriundas da reforma mais recente do Código de Processo Penal: l) o processo perante

o Tribunal do Júri (lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008); m) disposições sobre a prova (lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008); n) procedimentos, *emendatio libelli* e *mutatio libelli* (lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008); n) a realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência (lei n. 11.900, de 8 de janeiro de 2009); o) o novo regime das medidas cautelares substitutivas da prisão e revitalização da fiança (lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011).

63. modificações no processo trabalhista

As mais significativas modificações referentes ao processo do trabalho ocorridas nas últimas décadas foram trazidas por duas emendas constitucionais. A emenda constitucional n. 24, de 9 de dezembro de 1999, eliminou as juntas de conciliação e julgamento e os vogais classistas que as integravam, substituindo-as pelas *varas federais*. A emenda constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, na linha da orientação já presente na Constituição Federal, não mais outorga competência normativa à Justiça do Trabalho (Const., art. 114 – *infra*, n. 175) e, além disso, ampliou consideravelmente a competência dessa Justiça (Const., art. 114).

64. a Constituição de 1988 e o direito anterior

Sendo a Constituição a base de toda a ordem jurídica de um país, nela assentando-se a legislação ordinária, a rigor de lógica, a promulgação de uma nova Constituição deveria ter como efeito a perda de eficácia não só da Constituição precedente, mas de todas as normas editadas na conformidade dela. Razões de ordem prática, todavia, impedem a adoção desse critério, entendendo-se pois que as normas infraconstitucionais anteriores que não sejam incompatíveis com a nova Constituição persistem vigentes e eficazes, em face do fenômeno da *recepção*. Renovando-as, a nova ordem constitucional devolve-lhes de imediato a eficácia. Naturalmente, as normas precedentes incompatíveis não são recebidas pela nova ordem constitucional, perdendo vigência e eficácia.

Discute-se se a Constituição nova *revoga* as normas anteriores incompatíveis. Com ou sem revogação, porém, é indiscutível o fenômeno da perda de eficácia, por não terem essas normas sido recebidas pela nova Constituição.

Como já se disse (*supra*, nn. 35 ss.), a Constituição brasileira de 1988 dispôs largamente em matéria processual, com o quê diversos

dispositivos da legislação anterior perderam eficácia, enquanto outros demandam uma releitura em chave constitucional que os interprete de modo consentâneo com a nova ordem jurídica.

Assim, p. ex., a garantia do *contraditório e da ampla defesa*, contida no art. 5º, inc. LV, e endereçada a qualquer processo, bem como a do *devido processo legal com relação à perda dos bens* (inc. LIV) põem cobro à antiga disputa sobre a aplicabilidade desses princípios à execução civil, com a consequência da necessária adequação à Constituição de dispositivos como o art. 653 do Código de Processo Civil. Ainda para o processo civil, a restrição do direito de consultar autos às partes e procuradores (CPC, art. 155, par.) deve ser reexaminada em face do princípio da publicidade dos atos processuais (Const., art. 52, inc. LX).

Mais profunda foi a reforma processual penal operada pela Constituição, dela decorrendo a perda de eficácia ou uma diversa interpretação de inúmeras disposições da legislação precedente. Destacam-se os seguintes exemplos: a) titularidade absoluta da ação penal pelo Ministério Público (Const., art. 129, inc. I), com a abolição dos processos criminais instaurados na Polícia (ditos processos *judicialiformes*) – o que teve como consequência a supressão do disposto no art. 17 da Lei das Contravenções Penais e nos arts. 26 e 530 e 531 do Código de Processo Penal; b) a proibição de identificação criminal (Const., art. 5º, inc. LVIII), com reflexo no art. 6º, inc. VIII, do Código de Processo Penal; c) a impossibilidade de prisão pela autoridade que preside o inquérito, imposta pela Lei de Segurança Nacional (agora revogada), em face do inc. LXI do art. 5º da Constituição; d) a necessária adequação do disposto nos arts. 186 e 198 do Código de Processo Penal à plena garantia do direito ao silêncio assegurada pelo art. 5º, inc. LXIII, da Constituição; e) a perda de eficácia do art. 240, letra f, do Código de Processo Penal, em face da inviolabilidade absoluta do sigilo da correspondência disposta no inc. XII do art. 5º da Constituição; f) a releitura das normas atinentes às buscas domiciliares (CPP, arts. 240 e 241), em confronto com a regra do mandado judiciário, ressalvado o flagrante, do art. 5º, inc. XI, da Constituição.

Acima de tudo isso, e em uma visão de conjunto, é preciso ter consciência das *linhas gerais da reforma processual* operada pela Constituição de 1988, salientando as tendências evolutivas refletidas em seu perfil. Houve um reforço das garantias do *justo processo* (tanto civil como penal), vistas não mais exclusivamente como direitos públicos subjetivos dos litigantes, mas sobretudo como garantias para o correto

exercício da jurisdição. Segura demonstração dessa tendência são as garantias da publicidade e da motivação (*supra*, nn. 30 e 31).

Ainda no plano geral destaca-se a abertura à *participação popular* na administração da Justiça para as causas de menor complexidade (art. 98, inc. I) e, no mesmo campo civil, para a justiça conciliativa (art. 98, inc. II). O mesmo art. 98, inc. I, ao exigir o procedimento oral e sumaríssimo para as pequenas causas coloca nitidamente o direito a procedimentos adequados, que sejam aderentes à realidade social e consentâneos com a relação jurídica material subjacente. Especificamente para o processo civil, a facilitação do acesso à justiça (*acesso à ordem jurídica justa*), inclusive mediante o reconhecimento de direitos supraindividuais, dotados do instrumental adequado à sua viabilização, são pontos fundamentais que poderão levar a profundas modificações de todo o sistema processual (*supra*, n. 38). Com relação ao processo penal é de grande relevância a insuprimível *regra moral* que deve presidir ao processo, a qual repõe em questão o princípio da denominada verdade real, uma vez que esta não pode ser buscada a qualquer custo, mas sempre de acordo com rigorosos princípios éticos. E isso também se aplica ao processo civil (*infra*, n. 267 – *provas ilícitas*).

Ainda quanto ao processo penal, são estas as novidades constitucionais mais importantes: a) a presunção de não culpabilidade (art. 5º, inc. LVII); b) o direito à identificação dos responsáveis pela prisão e pelo interrogatório (inc. LXIV); c) a informação ao preso de seus direitos, inclusive o de permanecer calado (inc. LXIII); d) a imediata comunicação da prisão aos familiares e ao defensor (inc. LXII); e) a necessidade de ordem judiciária para as medidas restritivas de direitos (incs. XI, XII e LXI); f) a inadmissibilidade no processo de provas obtidas por meios ilícitos (inc. LVI); g) o controle externo exercido pelo Ministério Públíco sobre a polícia judiciária (art. 129, inc. VII); h) as garantias contra a tortura (art. 5º, inc. XLIII); i) a reparação pela prisão por tempo superior ao da condenação (inc. LXXV).

É também relevante a segura opção da Constituição Federal por um processo penal de partes, dominado pelo princípio acusatório, em que a relação jurídica processual é posta em relevo pelas funções claramente delineadas do juiz, da acusação e da defesa. Prova dessa escolha são a regra que torna privativo do Ministério Públíco o exercício da ação penal pública (art. 129, inc. I) e a que institucionaliza a figura do advogado, privado e público, este pelas Defensorias Públícas (arts. 131 e 134).

Finalmente, uma relativa disponibilidade da ação penal para as infrações penais de menor potencial ofensivo (art. 98, inc. I) constitui

outra importante colocação da Constituição Federal. Com isso alinha-se o sistema brasileiro às tendências contemporâneas de ordenamentos jurídicos até há pouco comprometidos, como o nosso, com o princípio da obrigatoriedade em todo seu rigor (*supra*, nn. 8, 9 e 25).

65. evolução doutrinária do direito processual no Brasil – o papel de Liebman e a tendência instrumentalista moderna

O direito processual sempre foi alvo de grande interesse entre os estudiosos brasileiros. Já no século XIX tivemos processualistas como Pimenta Bueno (processo penal), o Barão de Ramalho e Paula Batista (ambos, processo civil), que deram início a um acervo cultural de que as gerações posteriores haveriam de orgulhar-se. O último deles, professor na Faculdade do Recife, é ainda hoje citado e considerado pela sua profunda percepção de problemas fundamentais do processo (ação, demanda, execução civil), descortinando horizontes ainda desconhecidos na própria processualística europeia de seu tempo.

Depois haveriam de vir Estevam de Almeida, João Monteiro e João Mendes Jr., todos catedráticos de Direito Judiciário Civil na Faculdade de Direito de São Paulo, além de Galdino Siqueira, voltado ao processo penal. A cátedra de direito processual civil em São Paulo sempre exerceu verdadeiro fascínio sobre os juristas, dado o prestígio dos que a ocuparam e o interesse pela matéria. João Monteiro, p. ex., ainda nos albores do século XX vislumbrou a teoria da ação como direito abstrato, hoje geralmente aceita, mas que entre nós estava muito longe de ser de moda (a teoria civilista da ação, tradicionalmente prestigiada, era dogma então, como se vê do próprio Código Civil).

João Mendes Jr., certamente o mais genial de todos, tratou do processo penal e do processo civil à luz de regras comuns a ambos, em uma verdadeira teoria geral do processo, ciência que principiou a despontar entre nós, com real pujança, há menos de cinquenta anos. Preocupou-se também com as raízes constitucionais do direito processual, lançando bases para a compreensão do *due process of law*, que hoje nos é familiar – merecendo também particular destaque sua *teoria ontológica do processo*, que colocava este nos parâmetros da filosofia aristotélico-tomista das quatro causas, fazendo nítida distinção entre processo e procedimento.

Mas a doutrina brasileira de então ressentia-se profundamente de uma grande desatualização metodológica. Nossos estudiosos, habituados à leitura dos clássicos portugueses (Correia Telles, Pereira e Souza, Lobão) e dos exegetas italianos do século XIX (Mattiolo, Pescatore e

mesmo Mortara), não se haviam alinhado ao movimento que a partir da metade desse século se instalara na Europa.

Ali, entre 1856 e 1858 travara-se histórica polêmica entre dois romanistas alemães, Windscheid e Muther, acerca da *actio romana* e do sentido que devia ser emprestado modernamente à ação. Ali, e sempre na Alemanha, escrevera-se uma obra verdadeiramente revolucionária, que haveria de tornar clara aos olhos de todos os juristas a existência de uma relação jurídica processual distinta da relação de direito material que as partes trazem para ser apreciada pelo juiz (trata-se de famoso livro de Oskar von Bülow, do ano de 1868). Ali, a partir desses trabalhos pioneiros, houvera uma efervescência de ideias e de doutrinas, especialmente sobre a natureza da ação, que veio a colocar o direito processual definitivamente como verdadeira ciência, com objeto e método próprios, libertando-o da condição de mero apêndice do direito privado.

Disso, porém, se tiveram os nossos antigos processualistas *notícia*, seguramente não se embeberam os seus espíritos, que continuavam ligados à velha escola meramente proceduralista (estudo do processo através da dinâmica dos atos do procedimento e não a partir da conceituação harmoniosa de institutos).

Em época mais recente (anos trinta) surgiram processualistas já mais afeitos às teorias modernas, ao novo método científico do direito processual. É o caso do paulista Gabriel de Rezende Filho, cuja obra didática foi de grande prestígio perante muitas gerações de estudantes e profissionais; do carioca Machado Guimarães e dos mineiros Amílcar de Castro e Lopes da Costa (autor de um tratado institucional de direito processual civil que, embora escrito na vigência do Código de 1939, desafia a ação do tempo e é ainda hoje um dos melhores que já se escreveram em nosso país). Granjeou grande prestígio também a obra didática de Moacyr Amaral Santos, que foi reeditada à luz do Código de Processo Civil de 1973 e se mantém.

Mas o ingresso do método científico na ciência processual brasileira só pôde ter lugar mesmo, definitivamente, a partir do ano de 1940, quando para cá se transferiu o então jovem Enrico Tullio Liebman, já àquela época professor titular de direito processual civil na Itália. Nos seis anos que passou entre nós, tendo inclusive sido admitido como professor visitante na Faculdade de Direito de São Paulo, foi Liebman o portador da ciência europeia do direito processual. Fora aluno de Chiovenda, o mais prestigioso processualista italiano de todos os tempos. Conhecia profundamente a obra dos germânicos, a história do direito processual e

o pensamento de seus patrícios, notadamente do genial Carnelutti. Aqui, veio a dominar por inteiro a obra dos autores luso-brasileiros mais antigos e o espírito da legislação herdada de Portugal.

Liebman foi, durante esse tempo, um abnegado apóstolo de sua ciência. Além de ministrar aulas regulares na Faculdade do Largo de São Francisco, reunia estudiosos em sua residência da Alameda Ministro Rocha Azevedo para debater temas de direito processual. Foi assim que os jovens dos anos *quarenta* se prepararam para dar início a um verdadeiro movimento científico no Brasil, ligados por íntima unidade de pensamento, a ponto de mais tarde um autor estrangeiro referir-se à “Escola Processual de São Paulo”.

Vieram em seguida os trabalhos de alto nível de Luís Eulálio de Bueno Vidigal, Alfredo Buzaid e José Frederico Marques, discípulos de Liebman naqueles colóquios por este promovidos; de Moacyr Amaral Santos, de Celso Agrícola Barbi, de Alcides de Mendonça Lima, de Galeno Lacerda, de Moniz de Aragão, de Barbosa Moreira e de outros mais modernos, em processo civil. Em direito processual penal destacaram-se o mesmo José Frederico Marques, Hélio Tornaghi, Fernando da Costa Tourinho Filho, Romeu Pires de Campos Barros. E, a partir de quando começou a haver interesse pelo direito do trabalho e pelo processo trabalhista, surgiram as obras processuais nessa área de Antônio Lamarca, de Coqueijo Costa, de Wagner Giglio, de Amauri Mascaro Nascimento, de Wilson de Souza Campos Batalha.

A *Escola Processual de São Paulo* caracterizou-se pela aglutinação de seus integrantes em torno de certos pressupostos metodológicos fundamentais, como a relação jurídica processual (distinta e independente da relação substancial, ou *res in judicium deducta*), autonomia da ação, instrumentalidade do direito processual, inaptidão do processo para criar direitos e, ultimamente em certa medida, a existência de uma teoria geral do processo.

Pelo que significou em toda essa evolução científica do direito processual no Brasil, foi Enrico Tullio Liebman agraciado pelo Governo Brasileiro, no ano de 1977, com a Comenda da Ordem do Cruzeiro do Sul, máxima condecoração que se concede a personalidades estrangeiras beneméritas à nossa nação. Outra significativa homenagem lhe prestou a comunidade jurídica de São Paulo em novembro de 1984, quando do lançamento da tradução brasileira de seu *Manual de direito processual civil*: na oportunidade, em comovida mensagem telefônica, Liebman externou toda sua estima pelo povo brasileiro. O Mestre faleceu em

setembro de 1986 mas sua influência permanece viva entre nós. Graças ao estímulo sempre dado aos brasileiros em sua Universidade de Milão, foi possível celebrar um convênio cultural entre esta e a de São Paulo, no cumprimento do qual mestres de lá vieram muitas vezes ministrar cursos de pós-graduação aqui (Bruno Cavallone, Mario Pisani e os saudosos Edoardo Ricci e Giuseppe Tarzia) e vice-versa (Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco).

Em tempos bem modernos um grupo crescente de estudiosos brasileiros vai se alinhando ao movimento internacional interessado no tema da *efetividade do processo*. Trata-se da mais moderna linha metodológica da ciência processual, voltada à investigação das raízes políticas e sociológicas do processo e crítica ao processo que vamos praticando através dos tempos e sem alterações funcionais significativas (sobre as chamadas *três ondas renovatórias* do direito processual, v. *supra*, n. 16). Essas ideias têm sido discutidas e divulgadas através de publicações frequentes e congressos promovidos por entidades regionais e internacionais, sendo de crescente aceitação no Brasil.

66. linhas evolutivas do direito processual no Brasil

Como resultado de todo esse esforço da doutrina, hoje se podem destacar as linhas evolutivas do direito processual no exterior e especialmente no Brasil. O processo tradicional vem sendo marcado por profundas alterações metodológicas, passando (a) do plano abstrato ao concreto, (b) do plano nacional ao internacional e (c) do plano individual ao social.

Do abstrato ao concreto. As normas processuais buscam hoje a plena satisfação do direito material, ou seja, um *processo de resultados (efetividade do processo)*. Inserem-se nessa linha os novos dispositivos do Código de Processo Civil e certas leis extravagantes que disciplinam a chamada *tutela jurisdicional diferenciada*, ou seja, procedimentos sumários e de cognição superficial necessários a assegurar a fruição do bem antes que o tempo corroa o direito ou seu objeto (como a tutela antecipada) ou a encurtar o tempo do processo (p. ex., mandado de segurança). Inserem-se também nessa linha os provimentos jurisdicionais destinados a oferecer tutela específica, atribuindo ao vencedor o adimplemento da obrigação, em espécie e não em seu equivalente monetário (obrigações de fazer ou de não fazer, obrigações de entregar coisa).

Do plano nacional ao internacional. Cada vez mais as normas processuais cuidam do transporte dos provimentos jurisdicionais para fora

dos limites territoriais dos Estados soberanos (o direito processual internacional). Nessa linha, vem-se facilitando a homologação das sentenças estrangeiras, a colaboração nos atos de comunicação processual, o cumprimento das medidas cautelares determinadas por juiz estrangeiro *etc.* Insere-se também nesse plano a *harmonização de normas processuais* em comunidades econômicas e sociais homogêneas, como ocorre entre os países da União Europeia. No Mercosul esse caminho é ainda incipiente mas a comunidade ibero-americana já conta com um Código Modelo de Processo Civil, um Código Modelo de Processo Penal, um Código Modelo de Processos Coletivos, um Código Modelo de Relações Interjurisdicionais e um Código Modelo de Processo Administrativo – resultados dos trabalhos do Instituto Ibero-Americanano de Direito Processual. Os Códigos Modelo não são imperativos para os Estados mas constituem um repositório de princípios e de normas virtuais ali colocados como fonte de inspiração aos diversos países para suas reformas processuais.

Do plano individual ao plano social. O processo eminentemente individualista do século XIX e da primeira metade do século XX (até por volta dos anos *setenta*), que respondia aos anseios de um direito material igualmente individualista, foi se transformando em um processo destinado a atender também a grupos, categorias e classes de pessoas no que se refere, sinteticamente, à *qualidade de vida* (direito ao ambiente saudável, a relações de consumo equilibradas, ao respeito ao usuário de serviços públicos, à segurança dos investidores *etc.*). Trata-se agora de dar apoio, com novos instrumentos processuais, aos interesses de massa, em uma sociedade de massa. E, para tanto, institutos inteiros que estavam à base do direito processual tiveram de ser reformulados, para a tutela efetiva dos titulares dos novos direitos, reconhecidos nas modernas Constituições. Surgiram nesse quadro as *ações coletivas*, destinadas à tutela referente aos direitos ou interesses de inteiros grupos, categorias e classes de pessoas, indeterminados e às vezes determináveis – e tudo isso possibilita, ao menos no Brasil, o reconhecimento de um *direito processual coletivo*, ao lado do clássico direito processual individual (o qual, por sua vez, vai sendo *revisitado*, como visto neste capítulo e no anterior).

bibliografia

- Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, I, cap. V, n. 42.
 Buzaid, *Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código de Processo Civil*.
 _____, “Paula Batista: atualidades de um velho processualista”.
 Dinamarco, *A reforma do Código de Processo Civil*.

- _____, *Instituições de direito processual civil*, I, cap. VIII, nn. 98-107.
- _____, *Fundamentos do processo civil moderno*, I, Tít. I.
- Ferreira Filho, *Direito constitucional comparado – I – O poder constituinte*, pp. 115-120.
- Grinover, “Modernidade do direito processual brasileiro”, pp. 273-298.
- Liebman, *Problemi del processo civile*, pp. 483-490 (“Il nuovo ‘código de processo civil’ brasiliiano”).
- Lobo da Costa, *Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura*, pp. 99-119.
- Marques, *Instituições de direito processual civil*, I, cap. II, § 7-B.
- _____, *Manual de direito processual civil*, I, cap. III, §§ 6º e 7º.
- Tourinho Filho, *Processo penal*, I, pp. 74 ss.
- Vidigal, “Os mestres de direito judiciário civil na Faculdade de Direito de São Paulo”.

SEGUNDA PARTE

JURISDIÇÃO

CAPÍTULO 12

JURISDIÇÃO: CONCEITO E PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

67. conceito de jurisdição

Da jurisdição estatal, já delineada em sua finalidade fundamental (*supra*, n. 13), sabe-se que é uma das funções assumidas e exercidas pelo Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentando em concreto para ser解决ado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo, seja ao expressar imperativamente o preceito concreto pertinente ao caso (através de uma sentença de mérito), seja ao realizar ou fazer com que se realize no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada).

Que ela é uma função do Estado já foi dito; resta agora dizer que a jurisdição é ao mesmo tempo *poder, função e atividade*. Como *poder*, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como *função*, expressa o encargo que têm os órgãos jurisdicionais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como *atividade* ela é o complexo de atos do juiz ou do árbitro no processo, exercendo o *poder* e cumprindo a função que a lei lhes comete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo adequadamente estruturado (devido processo legal).

A jurisdição exercida pelo árbitro tem as mesmas características fundamentais e a mesma eficácia da jurisdição estatal, ressalvados os atos de constrição sobre pessoas ou bens, excluídos de sua competência

(execução, efetivação de medidas urgentes *etc.*). Além disso, a imutabilidade da sentença arbitral pode ceder diante de uma ação anulatória processada e julgada pelo juízo estatal, a qual corresponde a uma ação rescisória.

Para caracterizar a jurisdição muitos critérios foram propostos pela doutrina tradicional, apoiada sempre em premissas exclusivamente jurídicas e despreocupada das de caráter sociopolítico. Hoje a perspectiva é substancialmente outra, na medida em que a moderna processualística busca a legitimidade de seu sistema na *utilidade* que o processo e o exercício da jurisdição possam oferecer à nação e às suas instituições. Daí a segura diretriz no sentido de afirmar os escopos sociais e políticos da jurisdição e especialmente o escopo de *pacificação com justiça* (*supra*, n. 6).

Mesmo assim, não deixam de ser também importantes as características da jurisdição pelo aspecto jurídico. Entre os critérios distintivos propostos pela doutrina tradicional, os dois indicados por Chiovenda mostram-se suficientes para a caracterização jurídica da jurisdição: a) caráter substitutivo; b) escopo de atuação do direito. Foi muito importante também a construção proposta por Cornelutti, que caracterizava a jurisdição pela circunstância de ser uma atividade exercida sempre com relação a uma *lide*; como se verá a seguir, a ideia da lide está presente nos caracteres acima.

68. caráter substitutivo

Exercendo a jurisdição, o Estado ou o árbitro substituem, com uma atividade sua, as atividades daqueles que estão envolvidos no conflito trazido à apreciação. Não cumpre a nenhuma das partes interessadas dizer definitivamente se a razão está com ela própria ou com a outra; nem pode, senão excepcionalmente, quem tem uma pretensão invadir por atos próprios a esfera jurídica alheia para satisfazer-se. A única atividade admitida pela lei quando surge o conflito é a do exerceente da jurisdição (juiz ou árbitro), que substitui a das partes.

Essa proposição, que no processo civil encontra algumas exceções (casos raros de autotutela, casos de autocomposição), no penal é de validade absoluta: nunca pode o direito de punir ser exercido independentemente do processo e não pode o acusado submeter-se voluntariamente à aplicação da pena (sobre a abertura constitucional para a conciliação em matéria penal, v. *supra*, nn. 8 e 9).

As atividades do Estado são exercidas através de pessoas físicas, que constituem seus agentes, ou seus órgãos (o juiz exerce a jurisdição, complementada sua atividade pelas dos órgãos auxiliares da Justiça). E, como essas pessoas não agem em nome próprio mas como órgãos do Estado, sua *imparcialidade* é uma exigência da lei. Não deve atuar no processo o juiz, o árbitro ou o auxiliar da Justiça (escrivão, oficial de justiça, depositário, contador) que tiver interesse próprio no litígio ou razões para comportar-se de modo favorável a uma das partes e contrariamente à outra (parentesco, amizade íntima, inimizade capital – CPC, arts. 134, 135 e 312 – CPP, arts. 95-103, 252, 254).

69. escopo jurídico de atuação do direito

Ao criar a jurisdição no quadro de suas instituições, visou o Estado a garantir que as normas de direito substancial contidas no ordenamento jurídico efetivamente conduzam aos resultados enunciados, ou seja: que se obtenham, em cada experiência concreta, aqueles precisos resultados práticos que o direito material preconiza. E assim é que, mediante o exercício da função jurisdicional, busca o Estado fazer com que se atinjam, em cada caso concreto, os objetivos das normas de direito substancial. Em outras palavras, o escopo jurídico da jurisdição é a atuação (cumprimento, realização) das normas de direito substancial (direito objetivo).

Essa é a teoria de Chiovenda. Corresponde à ideia de que a norma concreta nasce antes e independentemente do processo. Outra posição digna de nota é a de Carnelutti. Segundo sua teoria, só existiria um comando completo, com referência a determinado caso concreto (*lide*), no momento em que é dada a sentença a respeito: o escopo do processo seria então a *justa composição da lide*, ou seja, o estabelecimento da norma de direito material que disciplina o caso, dando razão a uma das partes.

A afirmação de que através da jurisdição o Estado procura a realização do direito material (escopo jurídico do processo), sendo muito pobre em si mesma porque resulta de uma visão puramente introspectiva do processo, há de coordenar-se com a ideia superior de que os objetivos buscados são, antes de mais nada, objetivos sociais: trata-se de garantir que o direito objetivo material seja cumprido, o ordenamento jurídico preservado em sua autoridade e a paz e a ordem na sociedade favorecidas pela imposição da vontade do Estado. O mais elevado interesse que

se satisfaz através do exercício da jurisdição é pois o interesse da própria sociedade (ou seja, do Estado enquanto comunidade).

Isso não quer dizer que seja essa mesma a motivação que leva ao processo os sujeitos envolvidos em um conflito. Quando um deles pede a condenação de seu alegado devedor ela está buscando a satisfação de seu próprio interesse e não, altruisticamente, a atuação da vontade da lei ou mesmo a paz social. Há uma pretensão perante outrem, a qual não está sendo satisfeita, nascendo daí o conflito – e é a satisfação dessa sua pretensão insatisfeta que o demandante vem buscar no processo. A realização do direito objetivo e a pacificação social são escopos da jurisdição em si mesma, não das partes. E o Estado aceita a provocação do interessado e sua cooperação, instaurando um processo e conduzindo-o até ao final, na medida apenas em que o interesse deste em obter a prestação jurisdicional coincidir com aquele interesse público de atuar a vontade do direito material e, com isso, pacificar e fazer justiça.

70. outras características da jurisdição (lide, inércia, definitividade)

Do que ficou dito resulta que a função jurisdicional se exerce em grande número de casos (Carmelutti afirmava que *sempre*) com referência a uma *lide* que a parte interessada deduz ao Estado, pedindo um provimento a respeito. A existência da lide é uma característica constante na atividade jurisdicional quando se trata de pretensões insatisfatas que poderiam ter sido satisfeitas pelo obrigado. Afinal, é a existência do conflito de interesses que leva o interessado a dirigir-se ao juiz e a pedir-lhe uma solução; e é precisamente a contraposição dos interesses em conflito que exige a substituição dos sujeitos em conflito pelo Estado.

Quando se trata de lide envolvendo o Estado-Administração, o Estado-juiz substitui com atividades suas as atividades dos sujeitos da lide – inclusive a do administrador. Essa ideia também encontra aplicação no processo penal. Quem admitir que existe a lide penal (negada por setores significativos da doutrina) dirá que ela se estabelece entre a pretensão punitiva e o direito à liberdade; no curso do processo penal pode vir a cessar a situação litigiosa, como quando o órgão da acusação pede absolvição ou recorre em benefício do acusado – mas o processo penal continua até a decisão judicial, embora lide não exista mais. Em vez de *lide penal* é preferível falar em *controvérsia penal* (*supra*, n. 10).

Outra característica da jurisdição consiste na *inércia* dos órgãos jurisdicionais (*nemo judex sine actore, ne procedat judex ex officio*).

O exercício espontâneo da atividade jurisdicional acabaria sendo contraprodutiva, pois a finalidade que informa toda a atividade jurídica do Estado é a pacificação social, e isso viria em muitos casos a fomentar conflitos e discórdias, lançando desavenças onde elas não existiam antes. Além disso, a experiência ensina que quando o próprio juiz toma a iniciativa do processo ele se liga psicologicamente de tal maneira à ideia contida no ato de iniciativa, que dificilmente teria condições para julgar imparcialmente.

Por isso, fica geralmente a critério do próprio interessado a provação do Estado-juíz ao exercício da função jurisdicional: assim como os direitos subjetivos são em princípio *disponíveis*, podendo ser exercidos ou não, também o acesso aos órgãos da jurisdição fica entregue ao poder dispositivo do interessado (mas mesmo no tocante aos direitos indisponíveis a regra da inércia jurisdicional prevalece – *v.g.*, o *jus punitionis* do Estado).

Em direito processual penal o titular da pretensão punitiva (Ministério Público) não tem sobre ela o poder de livre disposição, de modo que pudesse cada promotor, a seu critério, propor a ação penal ou deixar de fazê-lo.

Vigem aí, como regra geral, os chamados *princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade*, que subtraem ao órgão do Ministério Público a apreciação da conveniência da instauração do processo para a persecução dos delitos de que tenha notícia. Mesmo assim, todavia, o processo não se instaura *ex officio*, mas mediante a provação do Ministério Público (ou do ofendido, nos casos excepcionais de ação penal de iniciativa privada).

Assim, é sempre uma *insatisfação* que motiva a instauração do processo. O titular de uma pretensão (penal, civil, trabalhista, tributária, administrativa *etc.*) vem a juízo pedir um provimento que, eliminando a resistência, satisfaça sua pretensão e com isso elimine o estado de insatisfação; e com isso vence a inércia a que estão obrigados os órgãos jurisdicionais através de dispositivos como o do art. 2º do Código de Processo Civil (“nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais”) e o do art. 24 do de Processo Penal.

Em casos raros e específicos a própria lei institui certas exceções à regra da inércia dos órgãos jurisdicionais. Assim, p. ex., pode o juiz declarar *ex officio* a falência de uma empresa sob regime de recuperação

judicial quando verifica que falta algum requisito para o prosseguimento desta (lei de falências, arts. 73-74); a execução trabalhista pode instaurar-se por ato do juiz (CLT, art. 878); o *habeas corpus* pode conceder-se de ofício (CPP, art. 654, § 2º). A execução penal também se instaura *ex officio*, ordenando o juiz a expedição da carta de guia para o cumprimento da pena (LEP, art. 105).

Outra característica dos atos jurisdicionais é que *só eles são suscetíveis de se tornar imutáveis*, não podendo ser revistos ou modificados. A Constituição brasileira, como a da generalidade dos países, estabelece que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art. 5º, inc. XXXVI). Coisa julgada é a imutabilidade dos efeitos de uma sentença judicial ou arbitral em virtude da qual nem as partes podem repropor a mesma demanda em juízo ou comportar-se de modo diferente daquele preceituado, nem os juízes podem voltar a decidir a respeito, nem o próprio legislador pode emitir preceitos que contrariem, para as partes, o que já ficou definitivamente julgado (*infra*, n. 201).

No Estado de Direito só os atos jurisdicionais podem chegar a esse ponto de imutabilidade, não sucedendo o mesmo com os administrativos ou legislativos. Em outras palavras, um conflito interindividual só se considera解决ado para sempre, sem que se possa voltar a discuti-lo, depois que tiver sido apreciado e julgado pelos órgãos jurisdicionais: a última palavra cabe ao Poder Judiciário ou, conforme o caso, ao árbitro.

71. jurisdição, legislação, administração

A preocupação moderna pelos aspectos sociais e políticos do processo e do exercício da jurisdição torna menos importante a tradicional busca da distinção substancial entre a jurisdição e as demais funções do Estado. Pensando nela como *poder*, vê-se que não passa de uma das possíveis expressões do poder estatal, não sendo um poder distinto ou separado de outros supostos poderes do Estado (o qual é substancialmente uno e não comporta divisões). Mais importante é remontar todas as funções estatais a um denominador comum, como é o *poder*, do que cuidar de distingui-las. Como *função* é que, tendo em vista os objetivos do exercício da jurisdição, torna-se possível estremá-la das outras funções estatais.

Ela difere da *legislação*, porque consiste em pacificar situações conflituais apresentadas ao Estado-juiz, fazendo justiça em casos concretos – seja afirmado imperativamente a preexistente vontade do direito

(sentença), seja produzindo os resultados que o obrigado não produziu com sua conduta própria (execução). Quanto à atividade *administrativa*, não há dúvida de que também através dela o Estado cumpre a lei (e por isso não faltou quem dissesse inexistir diferença ontológica entre a administração e a jurisdição). Mas a diferença entre as duas atividades está em que:

- a) embora cumpra a lei, tendo-a como limite de sua atividade, o administrador não atua com o *escopo* de atuá-la (o escopo é, diretamente, a realização do bem comum);
- b) quando a Administração Pública pratica ato que lhe compete, é o próprio Estado quem realiza uma atividade relativa a uma relação jurídica de que é parte, faltando portanto o caráter substitutivo;
- c) os atos administrativos não são definitivos, podendo ser revistos jurisdicionalmente em muitos casos. Acima de tudo, só na jurisdição reside o escopo social magno de pacificar em concreto os conflitos entre pessoas, fazendo justiça na sociedade.

Tudo que ficou dito demonstra a inaceitabilidade do *critério orgânico*, isoladamente, para distinguir a jurisdição: esta seria, segundo tal critério, a função cometida ao Poder Judiciário. Tal proposta, além de trazer em si o vício da *petição de princípio* (o Poder Judiciário é encarregado de exercer a função jurisdicional e a função jurisdicional é aquela que cabe ao Poder Judiciário), mostra-se duplamente falsa: há funções jurisdicionais exercidas por outros órgãos (Const., art. 52, inc. I); e há funções absolutamente não jurisdicionais que os órgãos judiciários exercem (Const., art. 96).

72. *princípios inerentes à jurisdição estatal*

Em todos os países a jurisdição é informada por alguns princípios fundamentais que, com ou sem expressão na própria lei, são universalmente reconhecidos. São eles: a) investidura; b) aderência ao território; c) indelegabilidade; d) inevitabilidade; e) inafastabilidade; f) juiz natural; g) inércia.

O *princípio da investidura* corresponde à ideia de que a jurisdição só será exercida por quem tenha sido regularmente investido na autoridade de juiz. A jurisdição é um monopólio do Estado e este, que é uma pessoa jurídica, precisa exercê-la através de pessoas físicas que sejam seus órgãos ou agentes – e essas pessoas físicas são os juízes. É claro pois que, sem ter sido regularmente investida, não será uma pessoa a encarnação do Estado no exercício de uma de suas funções primordiais.

O mesmo sucede se o juiz já se aposentou, circunstância em que não é mais juiz: ocorrendo a aposentadoria, deve ele então, segundo preceito expresso da lei processual, passar os autos ao sucessor (CPC, art. 132).

No *princípio da aderência ao território* manifesta-se, em primeiro lugar, a limitação da própria soberania nacional ao território do país: assim como os órgãos do Poder Executivo ou do Legislativo, também os magistrados só têm autoridade nos limites territoriais do Estado. Além disso, como os juízes são muitos no mesmo país, distribuídos em comarcas (Justiças Estaduais) ou seções judiciárias (Justiça Federal), também se infere daí que cada juiz só exerce sua autoridade nos limites do território sujeito por lei à sua jurisdição. Esse princípio é, pois, aquele que estabelece limitações territoriais à autoridade dos juízes.

Em virtude desse princípio, todo e qualquer ato de interesse para um processo que deva ser praticado fora dos limites territoriais em que o juiz exerce a jurisdição depende da cooperação do juiz do lugar. Se, p. ex., é preciso citar um réu que se encontra em outra comarca, isso será feito através de uma precatória: o juiz do processo (deprecante) expede uma carta ao juiz do lugar (deprecado), pedindo-lhe que faça citar o réu (CPC, arts. 201 ss. – CPP, arts. 353 ss.). O mesmo acontece quando é preciso produzir alguma prova fora do território do juiz ou mesmo prender o acusado em outra comarca (CPP, art. 289). O princípio da aderência ao território não impede, em processo civil, a citação postal endereçada a pessoas fora da comarca (CPC, art. 222), nem a expedição de ofício para intimação a devedores do executado com sede ou domicílio em outro foro (art. 671).

Havendo algum ato a praticar fora dos limites territoriais do próprio país, então é preciso solicitar a cooperação jurisdicional da autoridade do Estado em que o ato se praticará – e essa solicitação se fará através de uma *carta rogatória* (CPC, art. 201 – CPP, art. 368), a qual tramita através do Ministério da Justiça e é enviada ao país estrangeiro por via diplomática, após legalizada e traduzida (CPC, art. 210).

O *princípio da indelegabilidade da jurisdição* é, em primeiro lugar, expresso através de ampla regra constitucional segundo a qual é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições. A Constituição fixa o conteúdo das atribuições do Poder Judiciário e não pode a lei, nem pode muito menos alguma deliberação dos próprios membros deste, alterar a distribuição feita naquele nível jurídico-positivo superior. Além disso, no âmbito do próprio Poder Judiciário não pode juiz algum, segundo seu próprio critério e talvez atendendo à sua própria conveniência, de-

legar funções a outro órgão. É que cada magistrado, exercendo a função jurisdicional, não o faz em nome próprio e muito menos por um direito próprio: ele é, aí, um agente do Estado (age em nome deste). O Estado o investiu, mediante determinado critério de escolha, para exercer uma função pública; o Estado lhe cometeu, segundo seu próprio critério de divisão de trabalho, a função jurisdicional referente a determinadas causas. E agora não irá o juiz, alterando os critérios da Constituição e da lei, transferir a outro a competência para conhecer dos processos que elas lhe atribuíram.

Essa regra não tem assento constitucional expresso. Ela resulta de construção doutrinária a partir de princípios de aceitação geral e sofre algumas exceções, como a do art. 102, inc. I, letra *m*, da Constituição (delegação, pelo Supremo, de competência para a execução forçada) e as dos arts. 201 e 492 do Código de Processo Civil (*cartas de ordem*). Mas através das cartas precatórias não se dá delegação alguma. O que acontece é que, impossibilitado de realizar ato processual fora dos limites de seu foro (limitação territorial do poder), o juiz pede a cooperação do órgão jurisdicional competente; seria um contrassenso dizer que o juiz deprecante delega (ou seja, transfere) um poder que ele próprio não tem, por ser incompetente.

O *princípio da inevitabilidade* significa que a autoridade dos órgãos jurisdicionais, sendo uma emanação do próprio poder estatal soberano, impõe-se por si mesma, independentemente da vontade das partes ou de eventual pacto para aceitarem os resultados do processo. A situação de ambas as partes perante o Estado-juiz (e particularmente a do réu) é de *sujeição*, que independe de sua vontade e consiste na impossibilidade de evitar que sobre elas e sobre sua esfera de direitos se exerça a autoridade estatal.

Daí a conceituação do direito processual (inclusive o processual civil) como *ramo do direito público* e o repúdio às teorias privatistas sobre a natureza jurídica do processo.

O *princípio da inafastabilidade* (ou princípio do controle jurisdicional), expresso na Constituição (art. 5º, inc. XXXV), garante a todos o acesso ao Poder Judiciário, o qual não pode deixar de atender a quem venha a juízo deduzir uma pretensão fundada no direito e pedir solução para ela. Não pode a lei “excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito” (art. cit.) nem pode o juiz, a pretexto de lacuna ou obscuridade da lei, escusar-se de proferir decisão (CPC, art. 126).

Esse princípio ganha especial relevo na doutrina processual moderníssima, revestindo-se da conotação de síntese da garantia constitucional de acesso à justiça (*supra*, n. 10).

E o *princípio do juiz natural*, relacionado com o anterior, assegura que ninguém pode ser privado do julgamento por juiz independente e imparcial, indicado pelas normas constitucionais e legais. A Constituição proíbe os chamados *tribunais de exceção*, instituídos para o julgamento de determinadas pessoas ou de crimes de determinada natureza, sem previsão constitucional (art. 5º, inc. XXXVII).

É preciso distinguir tribunais de exceção de Justiças especiais (como a Militar, a Eleitoral e a Trabalhista). Estas são instituídas pela Constituição com anterioridade à prática dos fatos a serem apreciados e não constituem ultraje ao princípio em epígrafe.

As alterações da competência introduzidas pela própria Constituição após a prática do ato de que alguém é acusado não deslocam a competência criminal para o caso concreto, devendo o julgamento ser feito pelo órgão que era competente ao tempo do fato. Em matéria penal e processual penal há extrema preocupação em evitar que o acusado seja surpreendido com modificações posteriores ao momento em que o fato foi praticado.

Do *princípio da inércia* dos órgãos jurisdicionais, sua compreensão, sua justificação política, e das poucas exceções a ele, falou-se ainda no presente capítulo (*supra*, n. 70).

73. dimensões da jurisdição

No direito romano a jurisdição (*juris dictio*, pronúncia do direito) não abrangia o poder do juiz *in executivis*; a pouca participação que inicialmente tinha o juiz na execução forçada fundava-se em outro poder (*imperium*) e não na jurisdição. No direito intermédio francês, no italiano e no alemão também se acreditava não ser jurisdicional a função exercida pelo juiz na execução forçada (*jurisdictio in sola notione consistit*). No direito ibérico, contudo, essas ideias nunca foram predominantes e hoje prevalece largamente, na doutrina de todos os lugares, a opinião dos que consideram a execução autêntica atividade jurisdicional.

Com efeito, estão ali os elementos básicos do conceito da função jurisdicional: caráter substitutivo e escopo de atuação da vontade da lei que se aplica ao caso, para eliminar conflitos individuais e com isso fazer justiça em casos concretos. O aspecto da substituição é até mais nítido

na própria execução, porque a atividade substituída pela do juiz é justamente aquela que conduziria à satisfação do credor (e não uma eventual atividade das partes, de natureza cognitiva, destinada ao acertamento); nos tempos da autotutela não cogitavam as partes de conhecer e julgar, mas de executar por si mesmas. Também o escopo jurídico de atuação da vontade da lei é mais visível na execução, pois é ali que a vontade da lei será atuada (cumprida, executada), o que não sucede no processo de conhecimento – e com isso se consumará, em termos práticos, a integral erradicação do conflito que envolve os litigantes.

74. poderes inerentes à jurisdição

O juiz dispõe, no exercício de suas funções, do poder jurisdicional e do poder de polícia; este último lhe é conferido, em última análise, para que possa exercer com autoridade e eficiência o primeiro (p. ex., tem o juiz o poder de *policia das audiências*, que o autoriza a manter a ordem e o ambiente de respeito – CPP, art. 794).

Quanto aos poderes de fundo propriamente jurisdicional, é uma questão de política legislativa concedê-los em maior ou menor quantidade e intensidade ao juiz. Caracteriza-se o processo inquisitivo pelo aumento dos poderes do juiz; caracteriza-se o processo de ação (ou acusatório) pelo equilíbrio do poder do juiz com a necessidade de provocação das partes e acréscimo dos poderes destas. Nosso processo é do tipo do *processo de ação*, tanto em matéria civil como penal.

bibliografia

- Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, I, cap. VI.
Carnelutti, *Diritto e processo*, n. 12.
Chiovenda, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, II, nn. 137-141 (trad.).
Corsini, *La giurisdizione*, caps. II e III.
Dinamarco, *Execução civil*, n. 7.
_____, *Fundamentos do processo civil moderno*, I, Tít. I (“Os fundamentos e os temas centrais”).
_____, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 108-120.
Liebman, *Manual de direito processual civil*, I, n. 1.
Marques, *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*, § 3º.
_____, *Manual de direito processual civil*, I, cap. IV, § 8º, pp. 10-11.
Tornaghi, *Instituições de processo penal*, I, pp. 215 ss.
Tourinho Filho, *Processo penal*, II, pp. 37 ss.

CAPÍTULO 13 *ESPÉCIES DE JURISDIÇÃO*

75. *unidade da jurisdição estatal*

A jurisdição do Estado, como expressão do poder soberano deste, a rigor não comporta divisões ou classificações, pois falar em diversas jurisdições de um só e mesmo Estado significaria afirmar a existência, no seio deste, de uma *pluralidade de soberanias*, o que não se admite. A jurisdição estatal é, em si mesma, tão unitária e indivisível quanto o próprio poder do Estado soberano. A doutrina, todavia, fazendo embora tais ressalvas, costuma falar em *espécies de jurisdição*, como se esta realmente comportasse classificação em categorias.

Costuma-se classificar a jurisdição nas seguintes espécies: a) pelo critério do seu objeto, jurisdição *penal* ou *civil*; b) pelo critério dos organismos judiciários que a exercem, *especial* ou *comum*; c) pelo critério da posição hierárquica dos órgãos dotados dela, *superior* ou *inferior*; d) pelo critério da fonte do direito com base no qual é proferido o julgamento, jurisdição *de direito* ou *de equidade*.

Essa divisão da jurisdição estatal em espécies liga-se mais propriamente aos problemas da distribuição das *massas de processos* entre *Justiças* e entre juízes superiores e inferiores, bem como a alguns critérios para essa distribuição (qualidade pessoal das partes, natureza da relação jurídico-material controvertida *etc.*). Liga-se, pois, à problemática da *competência*, não da jurisdição em si mesma (sobre competência, v. *infra*, nn. 147 ss.).

76. *jurisdição estatal e jurisdição arbitral*

A jurisdição é também exercida, fora dos quadros do Estado e de seu Poder Judiciário, pelos *árbitros* assim constituídos pelas partes litigantes.

gantes segundo sua própria vontade e escolha bilateral — o que autoriza falar adequadamente de um *dualismo jurisdicional* quando se faz uma oposição entre a jurisdição estatal e a arbitral. Esta não é alimentada pela mesma fonte de poder responsável pela jurisdição estatal, que obviamente é o próprio Estado, mas por uma outra fonte, representada pela *vontade* das partes que ajustam uma convenção de arbitragem. Não sendo braços de um só e mesmo ente dotado de poder, legitima-se pois o seu trato como jurisdições distintas. Têm em comum, todavia, o escopo social magno de ambas, que é a pacificação de pessoas mediante a eliminação de seus conflitos com justiça, donde advém a qualificação da arbitragem como atividade jurisdicional. São do passado as concepções que lhe negavam a *natureza jurisdicional*. Essas duas jurisdições se excluem reciprocamente, na medida em que da existência de uma convenção de arbitragem decorre a inadmissibilidade do exercício da jurisdição pelo juiz togado (CPC, art. 267, inc. VII), e sem que haja um ajuste dessa ordem a jurisdição arbitral não pode ser imposta por um litigante ao outro. A jurisdição arbitral é dotada de grande dose de *autonomia* perante a estatal, sabido que a sentença proferida por árbitros é apta a produzir os mesmos efeitos que a dos juízes togados e não está sujeita a *homologação* por estes (LA, arts. 18 e 31).

Há porém algum campo para uma *cooperação e censura* a cargo do Poder Judiciário, cabendo exclusivamente aos juízes deste a efetivação de decisões arbitrais portadoras de *constrição sobre pessoas e bens* assim como a possibilidade de *anulação da sentença arbitral* quando portadora de algum dos vícios tipificados em lei (LA, arts. 32 e 33).

77. *jurisdição penal ou civil*

Em todo processo as atividades jurisdicionais exercidas têm por objeto uma *pretensão*. Essa pretensão porém varia de natureza, conforme o direito objetivo material em que se fundamenta. Há, assim, causas penais, civis, comerciais, administrativas, tributárias, trabalhistas etc. Com base nisso, é comum dividir-se o exercício da jurisdição entre os juízes de determinado país, dando a uns a competência para apreciar as pretensões de natureza penal e a outros as demais. Fala-se assim em *jurisdição penal* (causas penais, pretensões punitivas) e *jurisdição civil* (por exclusão, causas e pretensões não penais). A expressão *jurisdição civil*, aí, é empregada em sentido bastante amplo, abrangendo toda a jurisdição não penal.

A jurisdição penal é exercida pelos juízes estaduais comuns, pela Justiça Militar estadual, pela Justiça Militar federal, pela Justiça Federal

e pela Justiça Eleitoral. Apenas a Justiça do Trabalho é completamente desprovida de competência penal.

A jurisdição civil em sentido amplo é exercida pela Justiça Estadual, pela Federal, pela Trabalhista e pela Eleitoral; só a Militar não a exerce. A jurisdição civil em sentido estrito é exercida pela Justiça Federal e pela Justiça dos Estados.

78. *relacionamento entre jurisdição penal e civil*

A distribuição dos processos segundo esse e outros critérios atende apenas a uma conveniência de trabalho, pois na realidade não é possível isolar-se completamente uma relação jurídica de outra, um conflito interindividual de outro, com a certeza de que nunca haverá pontos de contato entre eles. Basta lembrar que *o ilícito penal não difere em substância do ilícito civil*, sendo diferente apenas a sanção que os caracteriza; a ilicitude penal é, ordinariamente, mero agravamento de uma preexistente ilicitude civil, destinado a reforçar as consequências da violação de dados valores que o Estado faz especial empenho em preservar.

Quando alguém comete um furto emergem daí duas consequências que, perante o direito, o agente deve suportar: a) obrigação de restituir o objeto furtado (natureza civil); b) sujeição às penas do art. 155 do Código Penal. Outro exemplo: a quem contrai novo casamento sendo casado, o direito impõe duas consequências: a) nulidade do segundo casamento (CC, art. 1.521, inc. VI – sanção civil); b) sujeição à pena de bigamia (CP, art. 235 – sanção penal).

Dessas observações resulta que não seria conveniente atribuir competência civil a determinados juízes e penal a outros, sem deixar qualquer traço de união entre eles, sem que de nenhuma forma o exercício da jurisdição penal influísse na civil ou vice-versa. Há na lei, assim, alguns dispositivos que caracterizam uma interação entre a jurisdição civil e a penal – porque, sendo a jurisdição substancialmente uma, seria antieconómica a intransigente duplicação do seu exercício.

Entre os mecanismos dessa interação surge em primeiro lugar a chamada *suspensão prejudicial* do processo-crime. Se alguém está sendo processado criminalmente e para o julgamento dessa acusação é relevante o deslinde de uma questão civil, suspende-se o processo criminal à espera da solução do caso no cível (CPP, arts. 92-94).

Suponhamos que o réu no processo-crime por bigamia alegue que era nulo o casamento anterior: se verdadeira a alegação, inexiste o crime (CP, art. 235, § 2º), mas não compete ao juiz criminal perquirir da validade do casamento (competência das Varas da Família) nem é o processo-crime o meio adequado para a anulação deste. Por isso o processo-crime se suspende “até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado” (CPP, art. 92).

Atente-se também à eficácia que às vezes tem no cível a sentença penal condenatória passada em julgado. O art. 91, inc. I, do Código Penal dá como efeito secundário da sentença penal condenatória “tornar certa a obrigação de indenizar o dano resultante do crime”. Em outras palavras, a condenação criminal corresponderá a uma sentença civil que declare a existência de dano a ser resarcido (embora sem estabelecer o *quantum debeatur*). Passada em julgado essa condenação, a autoridade de coisa julgada estende-se também à possível pretensão civil, de modo que não se poderá mais questionar, em processo algum, sobre a existência da obrigação de indenizar.

Se o réu for absolvido no crime, em alguns casos ter-se-á por definitivamente julgada a pretensão civil: é o que se dá quando a sentença criminal reconhece que o ilícito imputado a ele não foi praticado (CPP, art. 66), ou que ele não foi seu autor ou ainda que, nas circunstâncias em que o fato se deu, não havia ilicitude (antijuridicidade), tendo o réu agido em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito (CPP, art. 65). Se o ilícito penal é o próprio ilícito civil sancionado de consequências mais graves, o reconhecimento de que não houve ilicitude deve mesmo valer para ambos os efeitos (civil e penal).

O já referido art. 65, que se harmoniza com as regras do art. 19 do Código Penal e com o art. 160 do Código Civil, deve no entanto ser entendido com as ressalvas dos arts. 929 e 930 deste – porque, muito embora no estado de necessidade a conduta do agente seja legítima perante o direito, ditames de ordem prática aconselham que assim mesmo responda ele perante o terceiro, que culpa alguma teve no evento, resarcindo-se depois perante o eventual causador da situação de perigo (direito de regresso).

Em virtude da ambivalência da decisão proferida no juízo criminal, às vezes é conveniente que o processo civil aguarde a solução da causa penal: por isso é que o art. 64 do Código de Processo Penal (*caput* e par.), após autorizar expressamente a propositura da ação civil na pen-

dência do processo-crime, prevê a suspensão do processo cível, que o juiz poderá determinar segundo as peculiaridades do caso.

Não se deve confundir um dos efeitos secundários da sentença penal condenatória (declaração da existência da obrigação de ressarcir) com o outro efeito secundário que ela tem também no cível e que é sua aptidão a servir de *título para o processo civil de execução*. O que diz o art. 94, inc. I, do Código Penal é simplesmente que se considera decidida a pretensão civil (o devedor não poderá mais discutir a existência da obrigação); mas só isso não bastaria para que fosse desde logo possível a execução civil da sentença penal condenatória, e por isso foi preciso que o art. 63 do Código de Processo Penal bem como o art. 475-N, inc. II, do Código de Processo Civil estabelecessem expressamente sua eficácia executiva civil.

Outro ponto de contato ainda é a chamada *prova emprestada*. A prova produzida em um processo pode ser utilizada em outro desde que com sua utilização não se venha a surpreender uma pessoa que não fora parte no primeiro (por respeito aos princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal). Assim, é admissível que, mediante certidões, se levem do processo-crime para o civil em que seja parte o mesmo réu daquele (e vice-versa) os elementos de convicção já produzidos, sem necessidade de repetição.

Além disso, a *prova da falsidade de um documento* realizada em processo-crime por delito de falsidade material (CP, arts. 297 e 298), falsidade ideológica (art. 299), falso reconhecimento de firma ou letra (art. 300), uso de documento falso (art. 304), falso testemunho, falsa perícia (art. 342) etc. é bastante para a ação rescisória civil, não sendo necessária sua repetição no curso desta (CPC, art. 485, inc. VI). Naturalmente, ainda por respeito ao princípio do contraditório, tal prova somente terá eficácia perante a pessoa que tenha sido parte no processo-crime.

Como exemplo de interação entre a jurisdição penal e a civil lembre-se, finalmente, a disciplina do processo criminal por crimes falimentares. Sendo a sentença declaratória de falência uma condição objetiva de punibilidade penal (LF, art. 180), é natural que a ação penal só possa ser proposta após essa sentença (CPP, art. 507). E o estado de falido, reconhecido nesta, não poderá ser objeto de discussão no processo-crime (CPP, art. 511), ficando o acusado impedido, inclusive, de discutir sua qualidade de comerciante.

79. *jurisdição especial ou comum*

A Constituição instituiu vários organismos judiciários, cada um deles constituindo uma unidade administrativa autônoma e recebendo da própria Lei Maior os limites de sua competência. Trata-se da Justiça Federal (comum), da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho, de cada uma das Justiças dos Estados – e permite-se também que as unidades federadas instituam as suas Justiças Militares estaduais. A doutrina costuma ainda, sempre levando em conta as regras de competência estabelecidas na própria Constituição, distinguir entre Justiças que exercem *jurisdição especial* e Justiças que exercem *jurisdição comum*.

Entre as primeiras estão a Justiça Militar (arts. 122-124), a Justiça Eleitoral (arts. 118-121), a Justiça do Trabalho (arts. 111-116) e as Justiças Militares estaduais (art. 125, § 3º); no âmbito da jurisdição comum estão a Justiça Federal (arts. 106-110) e as Justiças Estaduais ordinárias (arts. 125 e 126).

A cada uma das chamadas *Justiças Especiais* a Constituição atribui competência para causas de determinada natureza e conteúdo jurídico-substancial – Justiça do Trabalho, pretensões oriundas da relação de trabalho (art. 114); Justiça Eleitoral, matéria relacionada com eleições políticas (art. 121); Justiça Militar, causas penais fundadas no direito penal militar e na Lei de Segurança Nacional. E, justamente porque cabe a tais *Justiças* a apreciação de litígios fundados em ramos específicos do direito material, essas são as *Justiças Especiais*.

As demais (Justiça Federal e Justiças dos Estados), justamente porque conhecem de qualquer matéria não contida na competência especialmente reservada às primeiras, exercem jurisdição comum e são chamadas *Justiças comuns* (*infra*, n. 106). São elas que aplicam, em seu trabalho diurno, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal comum.

Mas as diversas “jurisdições” não vivem em compartimentos estanques, completamente alheias umas às outras. Há circunstâncias em que os atos processuais realizados perante uma Justiça são aproveitados em outra, o que é muito natural: a jurisdição, como expressão do poder estatal soberano que o Estado exerce, é uma só, e não haveria razões para que uma Justiça não considerasse o que outra tivesse feito.

Isso acontece, p. ex., na hipótese prevista no art. 109, inc. I, da Constituição: intervindo a União, autarquia federal ou empresa pública

federal em processo já pendente perante outra Justiça, a competência desloca-se para a Justiça Federal, sendo então os autos remetidos a esta, onde o feito prossegue a partir do ponto em que se encontra. Isso acontece também quando o juiz de algum processo entende que a competência é de outra Justiça e não daquela perante a qual vinha fluindo: os autos serão remetidos à Justiça competente, só se prejudicando os atos decisórios, mas permanecendo a eficácia de tudo mais que se haja feito no processo (CPC, art. 113, § 2º).

80. *jurisdição superior ou inferior*

É da natureza humana o inconformismo perante decisões desfavoráveis: muitas vezes aquele que sai vencido em um processo quer nova oportunidade para demonstrar suas razões e tentar outra vez o ganho de causa. Por isso os ordenamentos jurídicos em geral instituem o *duplo grau de jurisdição*, princípio do qual decorre a possibilidade de uma mesma causa ou incidente processual, após julgamento pelo juiz inferior perante o qual o processo teve início, voltar a ser objeto de julgamento, agora por órgãos superiores do Poder Judiciário.

Chama-se *jurisdição inferior* aquela exercida pelos juízes que ordinariamente conhecem do processo desde o início (competência originária): trata-se na Justiça Estadual dos juízes de direito das comarcas distribuídas por todo o Estado, inclusive da comarca da Capital. E chama-se *jurisdição superior* a exercida pelos órgãos a que cabem os recursos contra as decisões proferidas pelos juízes inferiores. O órgão máximo na organização judiciária brasileira, e que exerce a jurisdição em nível superior ao de todos os outros juízes e tribunais, é o Supremo Tribunal Federal.

Os órgãos de primeiro grau de jurisdição pertencem à chamada *primeira instância* e os de segundo grau à *segunda instância*. Embora o Código de Processo Civil tenha evitado essas expressões, elas são empregadas em outros textos (inclusive na Constituição) e são de uso corrente. Não confundir *instância* (grau de jurisdição) com *entrância* (grau administrativo das comarcas e da carreira dos juízes estaduais e membros do Ministério Público).

Em alguns casos a lei manda que o processo tenha início já perante os órgãos jurisdicionais superiores em razão de determinadas circunstâncias, como a qualidade das pessoas, a natureza do processo etc. (competência originária dos tribunais).

81. jurisdição de direito ou de equidade

O art. 127 do Código de Processo Civil diz que “o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”, e *decidir por equidade* significa decidir sem as limitações impostas pela precisa regulamentação legal; é que às vezes o legislador renuncia a traçar desde logo a exata disciplina de determinados institutos, deixando uma margem de liberdade para a individualização da norma através dos órgãos judiciários (CC, art. 1.694, § 1º). É nesses casos que o juiz exerce a *jurisdição de equidade*, a que se refere a doutrina em contraposição à *jurisdição de direito*. No direito processual civil a admissibilidade desta é excepcional (CPC, art. 127), mas nos processos arbitrais podem as partes convencionar que o julgamento seja feito por equidade (LA, art. 11, inc. II). Na arbitragem ajustada perante os juizados especiais o julgamento por equidade é sempre admissível, independentemente de autorização pelas partes (LJE, art. 25).

No processo penal o juízo de equidade é a regra geral (*individualização judiciária da pena* – CP, art. 42); e também nos feitos de jurisdição voluntária, em que o juiz pode “adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna” (CPC, art. 1.109).

bibliografia

- Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, I, cap. VI, nn. 49-51.
- Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo Codice*, II, §§ 73-76.
- Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, § 59.
- Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 122-128.
- Liebman, *Manual de direito processual civil*, I, nn. 5 e 21.
- Lopes da Costa, *Direito processual civil brasileiro*, I, nn. 33-38.
- Marques, *Elementos de direito processual penal*, I, nn. 95-96.
- _____, *Instituições de direito processual civil*, I, § 31.
- Tourinho Filho, *Processo penal*, I, pp. 37 ss.

CAPÍTULO 14 *LIMITES DA JURISDIÇÃO*

82. generalidades

Se o escopo jurídico da jurisdição é a atuação do direito, seria de crer que em todos os casos de norma descumprida ou de alguém a lamentar uma resistência oposta a pretensão sua invariavelmente houvesse a possibilidade de acesso aos tribunais e obtenção de uma tutela jurisdicional. Mas nem sempre assim é. Existem limitações internas de cada Estado, excluindo a tutela jurisdicional em certos casos; e há também limitações internacionais, ditadas pela necessidade de coexistência dos Estados e pelos critérios de conveniência e viabilidade, como a seguir se verá. Assim sendo, nem sempre há coincidência de extensão entre a legislação e a jurisdição (duas funções do Estado): a vontade do direito nem sempre é atuada por autoridade do mesmo Estado que a editou e mesmo nem sempre é atuada através de um Estado qualquer. Essas limitações e esse descompasso não atingem o direito processual penal, como se verá a seguir.

83. limites internacionais

Quem dita os limites internacionais da jurisdição de cada Estado são as normas internas desse mesmo Estado. Contudo, o legislador não leva muito longe a jurisdição de seu país, tendo em conta principalmente duas ponderações impostas pela experiência e pela necessidade de coexistência com outros Estados soberanos: a) a *conveniência* (excluem-se os conflitos irrelevantes para o Estado porque o que lhe interessa, afinal, é a pacificação no seio da sua própria convivência social); b) a *viabilidade* (excluem-se os casos em que não será possível a imposição autoritativa do cumprimento da sentença).

A doutrina, sintetizando os motivos que levam à observância dessas regras, alinha-os assim: a) existência de outros Estados soberanos; b) respeito a convenções internacionais; c) razões de interesse do próprio Estado. Fala-se também nos princípios da submissão e da efetividade, que condicionam a competência internacional de cada Estado.

Assim, em princípio *cada Estado tem poder jurisdiccional nos limites de seu território*: pertencem à sua autoridade judiciária as causas que ali tenham sede. No direito brasileiro os conflitos civis consideram-se ligados ao território nacional quando: a) o réu tiver domicílio no Brasil; b) versar a pretensão do autor sobre obrigação a ser cumprida no Brasil; c) originar-se de fato aqui ocorrido; d) for objeto da pretensão um imóvel situado no Brasil; e) situarem-se no Brasil os bens que constituam objeto de inventário (CPC, arts. 88-89). A competência do juiz brasileiro será *concorrente* com a de um eventual juízo estrangeiro nas hipóteses do art. 88 do Código de Processo Civil; e será *exclusiva* nas hipóteses do art. 89 (imóveis situados no Brasil e inventário sobre bens aqui situados). Nestas duas últimas hipóteses será de total inutilidade propor a demanda em outro país que também se declare competente, porque não serão admissíveis aqui a execução ou a efetivação do julgado.

Em *direito processual penal* a solução é dada por vias diferentes. Como o direito penal (direito material) se rege estritamente pelo princípio da territorialidade, não se impõe além dos limites do Estado, e como as sanções de direito penal não podem ser impostas senão através do processo, segue-se que o juiz de um Estado soluciona as pretensões punitivas exclusivamente de acordo com a norma penal pátria; ou, em outras palavras, a jurisdição penal tem limites que correspondem precisamente aos de aplicação da própria norma penal material.

No *processo trabalhista*, afirmada a estrita territorialidade do direito material, a doutrina também sustenta que a jurisdição da Justiça do Trabalho nacional tem os mesmos limites da lei substancial.

84. *limites internacionais de caráter pessoal*

Por respeito à soberania de outros Estados, tem sido geralmente estabelecido em direito das gentes que são imunes à jurisdição de um país: a) os Estados estrangeiros (*par in parem non habet judicium*); b) os chefes de Estados estrangeiros; c) os agentes diplomáticos.

A tendência é no sentido da ampliação das imunidades, tanto que, ultimamente, tratados e convenções as têm estendido a organizações internacionais.

mos internacionais, como é o caso da ONU; e a imunidade prevalece ainda que se trate de atos praticados *jure gestionis* pelas embaixadas e agências comerciais (não se restringindo, pois, aos atos *jure imperii*, inerentes aos próprios fins de representação diplomática). Essa regra é plenamente válida para a jurisdição civil em sentido estrito, mas ainda na jurisprudência mais recente põe-se em dúvida sua aplicação à jurisdição trabalhista. A imunidade das pessoas físicas (chefes de Estado, agentes diplomáticos) refere-se tanto à jurisdição civil como à penal.

Cessa a imunidade, nos termos das regras de direito das gentes: a) quando há renúncia válida a ela; b) quando seu beneficiário é autor; c) quando se trata de demanda fundada em direito real sobre imóvel situado no país; d) quando se trata de ação referente a profissão liberal ou atividade comercial do agente diplomático; e) quando o agente é nacional do país em que é acreditado. A *renúncia* em direito processual penal é *inadmissível*, pois corresponderia a uma espontânea submissão às normas de direito penal material do país, o que não se admite.

Os principais textos a respeito da matéria são: a) a Convenção sobre Funcionários Diplomáticos (Havana, 1928); b) a Conferência Internacional sobre Relações Diplomáticas (Viena, 1961).

85. *limites internos*

No direito moderno em princípio a função jurisdicional cobre toda a área dos direitos substanciais (Const., art. 5º, inc. XXXV – CC, art. 189, primeira parte), sem que haja direitos ou categorias de direitos que não possam ser apreciados jurisdicionalmente. Esse princípio porém deve ser entendido com os esclarecimentos e ressalvas que seguem.

Em primeiro lugar, às vezes é o Estado-Administração o único a decidir a respeito de eventuais conflitos, sem intervenção do Judiciário. É o que se dá nos casos de impossibilidade da censura judicial dos atos administrativos do ponto de vista da oportunidade ou conveniência (a jurisprudência, no entanto, vai restringindo a área dessa incensurabilidade). Além disso, a lei expressamente exclui da apreciação judiciária as pretensões fundadas em dívidas de jogo (CC, art. 814). Em alguns países (não no Brasil) as causas de valor ínfimo não são conhecidas pelo Poder Judiciário (*minimis non curat prætor* – princípio da insignificância).

Todos os casos alinhados acima são de *impossibilidade jurídica da demanda* e são excepcionalíssimos porque a garantia constitucional do acesso à justiça tem conduzido a doutrina e a jurisprudência a uma tendência marcadamente restritiva quanto às vedações do exame jurisdi-

cional de pretensões insatisfitas – ou seja, a tendência hoje é no sentido de favorecer a ideia da *universalização da jurisdição*.

bibliografia

- Carnelutti, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, I, nn. 51-58.
Castro, *Direito internacional privado*, p. 523.
Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 132-133.
Liebman, *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, pp. 11 ss. (“Os limites da jurisdição brasileira”).
_____, *Manual de direito processual civil*, I, nn. 5-10.
Lopes da Costa, *Direito processual civil brasileiro*, I, pp. 60-62.

CAPÍTULO 15 ***JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA***

86. administração pública de interesses privados

Existem atos jurídicos da vida dos particulares que se revestem de importância transcendente aos limites da esfera de interesses das pessoas diretamente empenhadas, passando a interessar também à própria coletividade.

Um casamento, p. ex., não é de relevância apenas para os cônjuges: interessa à sociedade evitar casamento de pessoas impedidas, interessa dar publicidade aos casamentos realizados e por realizar, interessa definir a situação dos futuros filhos *etc.* A constituição de uma sociedade empresária ou de uma associação também não é ato que valha e influa exclusivamente na vida jurídica dos sócios, mas fatalmente irá ter relevância nas relações com terceiros.

Observando isso, o legislador (Estado) impõe, para a validade desses atos de repercussão na vida social, a necessária participação de um órgão público. Mediante essa participação o Estado insere-se naqueles atos que do contrário seriam tipicamente privados. Ele o faz emitindo declaração de vontade, querendo o ato em si e querendo também o resultado objetivado pelas partes. Costuma a doutrina dizer que através dessa atividade realiza-se a *administração pública de interesses privados*. Trata-se de manifesta limitação aos princípios de autonomia e liberdade que caracterizam a vida jurídico-privada dos indivíduos – limitação justificada pelo interesse social nesses atos da vida privada.

Já no direito romano a administração pública de interesses privados era em parte exercida por órgãos jurisdicionais (a *in jure cessio*) e em parte por órgãos alheios à organização judiciária (os testamentos eram complementados por leis especiais dos *comícios*, órgãos legislativos).

No direito moderno exercem-na: a) órgãos jurisdicionais; b) órgãos do chamado *foro extrajudicial*; c) órgãos administrativos, não dependentes do Poder Judiciário.

São atos de administração pública de interesses privados, praticados com a intervenção de órgãos do *foro extrajudicial*, a escritura pública (tabelião), o casamento (juiz de casamentos, oficial do registro civil), o protesto (oficial de protestos), o registro de imóveis (oficial do registro de imóveis) etc. Há a intervenção de órgão estranho ao Poder Judiciário quando o Ministério Público participa dos atos da vida das fundações (CPC, art. 1.199) ou quando os contratos e estatutos sociais tramitam pela Junta Comercial.

87. jurisdição voluntária

A independência dos magistrados, sua idoneidade, a responsabilidade que têm perante a sociedade levam o legislador a lhes confiar importantes funções em matéria dessa chamada *administração pública de interesses privados*. A doutrina preponderante e já tradicional diz que são *funções administrativas*, tanto quanto aquelas exercidas por outros órgãos (e referidas acima); não é pela mera circunstância de serem exercidas pelos juízes que tais funções haveriam de caracterizar-se como jurisdicionais. E teriam, tanto quanto a administração pública de interesses privados exercida por outros órgãos, a finalidade constitutiva, isto é, finalidade de formação de situações jurídicas novas (atos jurídicos de direito público, conforme exposto acima).

A tais atos praticados pelo juiz a doutrina tradicionalmente dá o nome de *jurisdição voluntária ou graciosa*.

Essa terminologia, que segundo alguns já vem do direito romano e segundo outros está nos textos em virtude de interpolação, seguramente já existia no direito da Idade Média, quando uma glosa se referia à jurisdição *inter volentes* para distingui-la daquela exercida *inter nolentes* (a primeira seria a *jurisdictio voluntaria*). De jurisdição voluntária fala a nossa lei, sendo que o próprio Código de Processo Civil lhe dedica todo um capítulo, com cento e oito artigos (arts. 1.103-1.210).

Mas, segundo a doutrina corrente, nem todos os atos de jurisdição voluntária se praticam sob a forma processual: ou seja, pratica o juiz outros atos de administração pública de interesses privados além daqueles indicados no diploma processual. A doutrina indica três categorias de atos de jurisdição voluntária: a) atos meramente receptícios (função passiva do magistrado, como publicação de testamento particular – CC, art. 1.877); b) atos de natureza simplesmente certificante (legalização de

livros comerciais, *visto* em balanços); c) atos que constituem verdadeiros pronunciamentos judiciais (separação amigável, interdição *etc.*). Como se vê, só estes últimos é que estão disciplinados no Código de Processo Civil (letra *c*), sem que com isso entenda a doutrina dominante que são os únicos atos de jurisdição voluntária que o juiz pratica.

88. jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária

Como ficou dito nos parágrafos precedentes, a doutrina tende a ver toda a atividade em que consiste a administração pública de interesses privados como tipicamente administrativa, mesmo quando exercida pelo juiz. Aliás, no capítulo sobre a jurisdição já ficou demonstrado que o critério funcional, ou orgânico, não serve para conceituá-la (*supra*, n. 71). Analisando os elementos caracterizadores da jurisdição, vem a doutrina dizendo que os atos da jurisdição voluntária na realidade nada teriam de jurisdicionais, porque: a) não se visa com eles à atuação do direito, mas à constituição de situações jurídicas novas; b) não há o caráter substitutivo, pois o que acontece é que o juiz se insere entre os participantes do negócio jurídico, mediante uma intervenção necessária para a consecução dos objetivos desejados, mas sem exclusão das atividades das partes; c) o objeto dessa atividade não é uma *lide*, como sucederia sempre com a atividade jurisdicional; não há um conflito de interesses entre duas pessoas, mas apenas um *negócio*, com a participação do magistrado.

Mas nem sempre deixará de ocorrer uma controvérsia entre os interessados na jurisdição voluntária. Em um processo de interdição, p. ex., pode o interditando discordar frontalmente do requerente, e nessa discordância reside a controvérsia (dissenso de opiniões, não conflito de interesses). Na jurisdição voluntária o juiz age sempre no interesse do titular daquele interesse que a lei acha relevante socialmente, como, na hipótese figurada, é o interditando. Exclusivamente com vista ao interesse deste é que o juiz proferirá sua decisão: a) decretando a interdição, se ele precisar de alguém que administre sua pessoa e seus bens; b) mantendo seu *status* e toda sua disponibilidade sobre seu patrimônio, se mentalmente são. Havendo controvérsia, esta se fará informar pelo princípio do contraditório, tanto quanto nos processos de jurisdição contenciosa.

Costumam os doutrinadores ensinar ainda que, não havendo oposição de interesses em conflito, não seria adequado falar em *partes*, pois essa expressão traz consigo a ideia de pessoas que se situam em posições antagônicas, cada qual na defesa de seu interesse (*infra*, nn. 188 e 237). Além disso, pressupondo-se não se tratar de atividade jurisdicional, seria

impróprio falar em *ação*, pois esta se conceitua como o direito (ou poder) de provocar o exercício da atividade jurisdicional, não administrativa (*infra*, n. 158); pela mesma razão, não há *coisa julgada* em decisões proferidas em feitos de jurisdição voluntária, pois tal fenômeno é típico das sentenças jurisdicionais proferidas em sede contenciosa. Fala a doutrina, por outro lado, em *procedimento*, e não *processo*, pois este seria também sempre ligado ao exercício da função jurisdicional contenciosa e da ação.

Como também salienta a doutrina mais abalizada, a jurisdição voluntária não é *voluntária*, pois em princípio a instauração dos procedimentos em que tal função é exercida depende da provação do interessado ou do Ministério Público (CPC, art. 1.104), vigorando, portanto, a regra da inércia.

Mas essa atividade judicial visa também, tanto como a consistente na jurisdição contenciosa, à pacificação social mediante a eliminação de situações incertas ou conflituosas. Além disso, exerce-se segundo as formas processuais: há uma petição inicial, que deverá ser acompanhada de documentos (CPC, art. 1.104), como na jurisdição contenciosa; há a citação dos demandados (art. 1.105), resposta destes (art. 1.106), princípio do contraditório, provas (art. 1.107), fala-se em sentença e em apelação (art. 1.110). Por isso, na doutrina mais moderna surgem vozes no sentido de afirmar a *natureza jurisdicional* da jurisdição voluntária. Não há por que restringir à jurisdição contenciosa os conceitos de *parte* e de *processo* – mesmo porque este, em teoria geral, vale até para funções não jurisdicionais e mesmo não estatais. A redação do art. 1º do Código de Processo Civil deixa claro o entendimento de que a jurisdição comporta duas espécies, a saber: contenciosa e voluntária.

Existe na processualística moderna uma forte tendência a desjudicializar as técnicas de administração pública de interesses privados, retirando certas atividades do âmbito do Poder Judiciário para atribuí-las a outros órgãos. Essa tendência universal foi acolhida no Brasil pela lei n. 11.441, de 4 de janeiro de 2007, que atribuiu aos tabeliões a função de proceder por escritura pública a separações, divórcios, inventários e arrolamentos de bens de pessoas capazes.

bibliografia

- Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, I, cap. VII, n. 53.
Carnelutti, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, II, n. 142 (trad.).
Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, n. 142 (trad.).

- Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 122-123.
- Fazzalari, *La giurisdizione volontaria*, caps. II-IV.
- Marques, *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*, §§ 4º, 5º, 7º, 8º, 9º e 19.
- _____, *Instituições de direito processual civil*, I, §§ 34-37.
- _____, *Manual de direito processual civil*, I, cap. IV, § 12.

CAPÍTULO 16

PODER JUDICIÁRIO: FUNÇÕES, ESTRUTURA E ÓRGÃOS

89. conceito

O exercício do poder do Estado, quando dividido e distribuído por vários órgãos segundo critérios funcionais, estabelece um sistema de freios e contrapesos sob o qual difícil se torna o arbítrio e mais facilmente pode prosperar a liberdade individual. Tal é a célebre separação dos *Poderes do Estado*, que constitui a base da organização do governo nas democracias ocidentais e postulado fundamental do Estado de Direito. “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (Const., art. 2º).

Terceiro dos Poderes do Estado na lição clássica de Montesquieu, o Judiciário não tem a importância política dos outros mas ocupa lugar de destaque entre os demais quando encarado pelo ângulo das liberdades e dos direitos individuais e sociais, de que constitui a principal garantia. A Constituição brasileira dedica-lhe o cap. III do Tít. IV (arts. 92 ss.) e inscreve entre os direitos e garantias individuais o princípio da inafastabilidade da apreciação judiciária, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, inc. XXXV).

Principalmente em países que adotam o sistema da *jurisdição una* (em que toda jurisdição é exercida pelo Poder Judiciário) avulta a importância do “terceiro Poder”, a quem é confiada a tutela dos direitos subjetivos até mesmo contra o Poder Público, e que tem a função de efetivar os direitos e garantias individuais, abstratamente inscritos na Constituição. Os direitos fundamentais, formulados pela Constituição mediante normas necessariamente vagas e genéricas, quando violados ou postos em dúvida só podem ser afirmados, positivados e efetivados

pelos tribunais. E a regulamentação das relações jurídicas por parte do direito objetivo é frequentemente importante para a solução dos conflitos de interesses. É perante o Poder Judiciário portanto que se pode efetivar a correção da imperfeita realização automática do direito: vãs seriam as liberdades do indivíduo se não pudessem ser reivindicadas e defendidas em juízo.

O Poder Judiciário é uno, assim como uma é sua função precípua – a jurisdição –, por apresentar sempre o mesmo conteúdo e a mesma finalidade. Por outro lado, a eficácia espacial da lei a ser aplicada pelo Judiciário deve coincidir em princípio com os limites espaciais da competência deste, em obediência ao princípio *una lex, una jurisdictio*. Daí decorre a unidade funcional do Poder Judiciário.

É tradicional a assertiva na doutrina pátria de que o Poder Judiciário não é federal nem estadual, mas nacional. É um único e mesmo Poder que se positiva através de vários órgãos estatais – estes, sim, federais e estaduais.

90. funções do Poder Judiciário e função jurisdicional

Existem apesar disso restrições à unidade funcional do Judiciário. De um lado, nem toda a atividade jurisdicional está confiada ao Poder Judiciário; de outro, nem toda a atividade desenvolvida pelo Judiciário se qualifica como jurisdicional. Aliás, a tripartição clássica dos *Poderes do Estado* não obedece no direito positivo à rigidez com a qual fora idealizada. O Executivo frequentemente legisla (Const., arts. 68 e 84, inc. VI), o Legislativo é chamado a julgar e o Judiciário tem outras funções além da jurisdicional. Tal tendência faz-se presente em todas as organizações estatais modernas.

Mas o Supremo Tribunal Federal, ao editar as súmulas vinculantes autorizadas pelo art. 103-A da Constituição Federal, exerce atividade verdadeiramente normativa que em muito se assemelha à legislação.

A Constituição brasileira atribui expressamente a função jurisdicional:

- a) à Câmara dos Deputados, quanto à declaração da procedência de acusação contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado (art. 51, inc. I);
- b) ao Senado Federal, para “processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como

os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica em crimes da mesma natureza conexos com aqueles” (art. 52, inc. I);

c) também ao Senado Federal, para “processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade” (art. 52, inc. II);

d) à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, quanto à declaração de perda do mandato de seus membros, por infringência das proibições estabelecidas no art. 54 da Constituição ou por procedimento incompatível com o decoro parlamentar ou atentatório das instituições vigentes (art. 55, § 2º).

Nos demais casos do art. 55 da Constituição Federal ou há controle judiciário posterior (§ 3º) ou já houve pronunciamento anterior do Poder Judiciário (art. 55, incs. V e VI). Diante disso, apenas as hipóteses dos incs. I, II e VI e do art. 55, a que se reporta o § 2º, configuram exercício de função jurisdicional.

A emenda n. 7 à Constituição brasileira de 1967 autorizou a implantação, com a imprópria denominação de *contencioso administrativo*, de tribunais administrativos desprovidos de função jurisdicional. Ainda que a lei ordinária tivesse chegado a criá-los, suas decisões sujeitar-se-iam sempre ao controle do Poder Judiciário (Const.-1967, arts. 111, 203, 204 e 122).

É lícito afirmar, portanto, que na ordem constitucional precedente o contencioso administrativo não só não chegou a ter efetividade como ainda não estava adequadamente estruturado. Diversamente ocorre em outros países, filiados ao sistema continental europeu, onde vige o verdadeiro contencioso administrativo – também denominado sistema *dualista* de jurisdição, porque atribui à Administração funções judicantes para processar e julgar conflitos entre a Fazenda Pública e os administrados.

Desde os primórdios da República o Brasil abolira o sistema do contencioso administrativo. Com ele não se confundem tribunais administrativos, cujos procedimentos estão sempre sujeitos a revisão pelo Poder Judiciário e que existem mesmo no sistema de jurisdição una, como é o nosso. A emenda constitucional n. 1, de 1969, fez surgir na Lei Maior a expressão *contencioso administrativo*, no art. 111. Não tendo sido jamais criados aqueles órgãos, a doutrina se dividia quanto à verda-

deira natureza do instituto cuja criação a emenda de 1969 possibilitava. A Constituição de 1988 silencia deliberadamente a respeito e o nosso sistema é hoje, iniludivelmente e sem qualquer insinuação em contrário, o da *jurisdição una*.

Assim como outros Poderes podem ser investidos de função jurisdicional, o Judiciário não se limita ao exercício da jurisdição, que é sua função precípua, mas exerce também funções legislativas e administrativas. Funções normativas são exercidas pelos tribunais na elaboração de seus regimentos internos, o que constitui aspecto do seu poder de autogoverno (art. 96, inc. I, letra *a*). Constitui atividade legislativa, ainda, a iniciativa de leis de organização judiciária, conferida com exclusividade aos tribunais (arts. 93 e 125, § 1º). Funções administrativas o Judiciário as exerce em variadas atividades inerentes ao autogoverno da Magistratura (Const., art. 96).

Nesse quadro vê-se que tudo quanto é atribuído ao Poder Judiciário tem o caráter genérico de atividade *judiciária*. Esta compreende não só a função jurisdicional (precípua do Judiciário, mas também atribuída a outros Poderes), como ainda, em casos excepcionais e restritos, a administrativa e a legislativa.

Tais interferências funcionais não se confundem com *delegações de atribuições*, vedadas pela Constituição e pelo princípio da indelegabilidade da jurisdição.

91. órgãos da jurisdição

Nos expressos termos do disposto no art. 92 da Constituição Federal, o Poder Judiciário é composto pelos seguintes órgãos: I – Supremo Tribunal Federal; II – Superior Tribunal de Justiça; III – Tribunais Regionais Federais e juízes federais; IV – tribunais e juízes do trabalho; V – tribunais e juízes eleitorais; VI – tribunais e juízes militares; VII – tribunais e juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Entre os órgãos de primeiro grau das Justiças estaduais inclui a Constituição, também expressamente, os juizados de pequenas causas (hoje, juizados especiais cíveis e criminais – art. 24, inc. X). Determina ainda a instituição de “juizados especiais, providos por juízes togados ou por togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo” (art. 98, inc. I). Outra novidade proposta pela

Constituição Federal de 1988 foram os juízes de paz, “eleitos pelo voto direto, universal e secreto”, os quais no entanto não exercerão funções jurisdicionais (art. 98, inc. II).

A Justiça estadual paulista compreende: a) o Tribunal de Justiça; b) os tribunais do júri; c) o Tribunal de Justiça Militar e os Conselhos de Justiça Militar; d) os juízos de direito; e) os juizados especiais cíveis e criminais.

Todo esse complexo sistema judiciário coordena-se sob a égide do Supremo Tribunal Federal, que constitui sua cúpula, e será objeto de análise em outro capítulo.

92. órgãos não jurisdicionais – o *Conselho Nacional de Justiça, as Ouvidorias de Justiça e as Escolas da Magistratura*

Por expressa disposição constitucional integram também o Poder Judiciário o Conselho Nacional de Justiça, as Ouvidorias de Justiça e as Escolas da Magistratura – órgãos que, embora não sejam dotados de qualquer competência jurisdicional, são, rigorosamente, *órgãos judiciários*.

O *Conselho Nacional de Justiça* é o mais elevado órgão, no cenário judicial brasileiro, encarregado do controle do Poder Judiciário e de seus integrantes. Por disposição inserida na Constituição Federal, foi instalado em 14 de junho de 2004. Tem sede no Distrito Federal e atuação sobre todo o território do país, compondo-se de quinze membros com investidura por dois anos, admitida uma recondução, entre os quais nove magistrados, dois representantes do Ministério Público, dois advogados e “dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal” (art. 103-B, incs. I-XIII). O Conselho Nacional de Justiça tem competência administrativa, não jurisdicional, ligada à defesa da autonomia do Poder Judiciário, às suas finanças, zelo pela observância do Estatuto da Magistratura, às normas disciplinares e correcionais referentes a juízes e auxiliares etc. (art. 103-B). O Ministro do Supremo Tribunal Federal que o integra é sempre seu Presidente e o Ministro do Superior Tribunal de Justiça exerce o cargo de Corregedor Nacional da Justiça.

As *Ouvidorias de Justiça* têm competência para “receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando dire-

tamente ao Conselho Nacional de Justiça” (Const., art. 103-B, § 7º). Elas são instituídas pela União, inclusive no Distrito Federal (art. cit.), para atuar sobre todas as Justiças, inclusive as estaduais. Pela res. n. 103, de 24 e fevereiro de 2010, o Conselho Nacional de Justiça determinou que todos os tribunais deveriam criar suas Ouvidorias, as quais, quando bem constituídas e conduzidas, poderão constituir eficientes canais democráticos para a legítima participação popular na fiscalização da regularidade dos serviços judiciários.

As *Escolas da Magistratura*, que constituem antigo anseio das comunidades jurídica e judiciária, já estavam previstas na Constituição Federal (art. 93, inc. IV), cuja disposição passa a ter dimensão maior a partir da redação que lhe foi dada pela emenda constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004. Está agora disposto que o Estatuto da Magistratura conterá a “visão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitalício a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados”. Muitos Estados já têm suas Escolas da Magistratura, estando também operante há muitos anos a Escola Superior da Magistratura.

Também está disposto que funcionarão perante o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal Superior do Trabalho escolas de formação e aperfeiçoamento de magistrados, “cabendo-lhes, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira” (art. 105, par., inc. I, e art. 111, § 2º, inc. I).

bibliografia

- Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, I, cap. VIII, nn. 56-58.
Calamandrei, “Processo e giustizia”.
Castro Nunes, *Teoria e prática do Poder Judiciário*.
Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 150 e 157 ss.
Ferreira Filho, *Curso de direito constitucional*, pp. 211 ss.
Grinover, “O contencioso administrativo na emenda n. 7, de 1977”.
Lessa, *Do Poder Judiciário*.
Marques, *Instituições de direito processual civil*, I, §§ 14 e 17.
_____, *Manual de direito processual civil*, I, cap. V, § 13.
-

CAPÍTULO 17

A INDEPENDÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO E SUAS GARANTIAS

93. a independência do Poder Judiciário

A posição do Poder Judiciário, como guardião das liberdades e direitos individuais, só pode ser preservada através de sua independência e imparcialidade. Por isso é de primordial importância no estudo desse Poder do Estado a análise das garantias que a Constituição institui para salvaguardar aquela imparcialidade e aquela independência. Algumas dizem respeito ao Poder Judiciário entendido como um todo, servindo para resguardá-lo da influência de outros Poderes; e outras concernem diretamente aos órgãos do Judiciário e particularmente a seus juízes.

Essas garantias correspondem à denominada independência política do Poder Judiciário e de seus órgãos, a qual se manifesta no autogoverno da Magistratura, nas garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos e na vedação do exercício de determinadas atividades, que garantem às partes a imparcialidade do juiz.

Além dessa independência política e estribada nela, existe ainda a denominada *independência jurídica dos juízes*, a qual retira o magistrado de qualquer subordinação hierárquica no desempenho de suas atividades funcionais. O juiz subordina-se somente à lei, sendo inteiramente livre na formação de seu convencimento e na observância dos ditames de sua consciência.

A hierarquia dos graus de jurisdição nada mais traduz que uma competência de derrogação, e nunca uma competência de mando da instância superior sobre a inferior. A independência jurídica porém não exclui a atividade censória dos órgãos disciplinares da Magistratura sobre certos aspectos da conduta do juiz.

94. as garantias do Poder Judiciário como um todo

Ao Poder Judiciário a Constituição assegura a prerrogativa do *autogoverno*, que se realiza mediante o exercício de atividades normativas e administrativas de auto-organização e de autorregulamentação. Na ordem constitucional brasileira a garantia do autogoverno compreende, ao lado da autonomia administrativa, a *financeira*, consistente na prerrogativa de elaboração de proposta orçamentária (art. 99) e na gestão das dotações pelos próprios tribunais.

Assim, compete aos tribunais eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos (Const., art. 96, inc. I, letra *a*); organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados (art. 96, inc. I, letra *b*); prover os cargos de juiz de carreira (art. 96, inc. I, letra *c*); propor a criação de novas varas judiciais (art. 96, inc. I, letra *d*); prover os cargos necessários à administração da justiça (art. 96, inc. I, *e*); conceder licenças, férias e afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores (art. 96, inc. I, letra *f*).

Ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça a Constituição ainda confere a iniciativa de projetos de lei para a alteração do número de membros dos tribunais inferiores (art. 96, inc. II, letra *a*); a criação e extinção de cargos e a fixação de vencimentos de seus membros, dos juízes e dos serviços auxiliares e dos juízos vinculados (art. 96, inc. II, letra *b*); a criação ou extinção dos tribunais inferiores (art. 96, inc. II, letra *c*); a alteração da organização e da divisão judiciais (art. 96, inc. II, letra *d*).

As garantias do art. 96 da Constituição visam essencialmente a estabelecer a independência do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes. Mas, se essa independência é absoluta no que respeita ao desempenho de suas funções, não se pode dizer o mesmo no tocante à organização do Poder Judiciário, a qual depende frequentemente do Poder Executivo ou do Legislativo, quando não de ambos.

Prevalccc entre nós, quanto ao Supremo Tribunal Federal e aos Tribunais Superiores, o sistema de nomeação dos magistrados pelo Executivo, com aprovação do Senado Federal. É por isso que a independência do Judiciário, absoluta quanto ao exercício de suas funções, não o é no que respeita à constituição dos tribunais.

95. as garantias dos magistrados

As garantias políticas dos magistrados complementam as garantias políticas do Poder Judiciário entendido como um todo.

Dividem-se em duas espécies: a) as garantias dos magistrados *propriamente ditas*, que se destinam a tutelar sua independência, inclusive perante outros órgãos judiciários, e (b) determinados *impedimentos* que visam a dar-lhes condições de imparcialidade, protegendo-os contra si mesmos e garantindo consequentemente às partes seu desempenho imparcial.

As primeiras – as garantias de independência – são a *vitaliciedade*, a *inamovibilidade* e a *irredutibilidade de vencimentos* (art. 95). As segundas – os impedimentos que garantem sua imparcialidade – estão arrroladas no art. 95, par.

Quando a Constituição assegura tais garantias aos juízes (art. 95) ela o faz com referência apenas aos magistrados, também chamados *juízes togados*. Excluem-se os jurados, os juízes de paz, os juízes leigos e, obviamente, os árbitros, os conciliadores e os mediadores (LJE, arts. 7º, 25 etc.).

96. garantias de independência

A *vitaliciedade* consiste em não poder o magistrado perder o cargo senão por sentença judiciária (art. 95, inc. I). Aí reside a diferença entre a vitaliciedade (assegurada pela Constituição somente aos magistrados e aos membros do Ministério Público e do Tribunal de Contas) e a *estabilidade* dos demais funcionários públicos (art. 41, § 1º), que consiste em não poderem eles perder o cargo senão por sentença judiciária ou por procedimento administrativo.

Por isso a doutrina manifesta-se preponderantemente pela inconstitucionalidade do art. 26, inc. II, da ainda (parcialmente) vigente Lei Orgânica da Magistratura Nacional, que regula a perda do cargo do magistrado vitalício, por procedimento administrativo, nas hipóteses do art. 114 da Constituição de 1967 (antedente do art. 95, par., da vigente – *infra*, n. 97). A perda do cargo só pode dar-se, sem exceção, por sentença judiciária (art. 95, inc. I).

O juiz de primeiro grau só adquire a vitaliciedade após dois anos de exercício, podendo perder o cargo, nesse período, por deliberação do tribunal a que estiver vinculado (Const., art. 95, inc. I).